Beiträge zur Frage der unbenannten Verträge

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Josef Gerlach

Gerichtsreferendar aus Warstein (Westfalen).

Marburg 1935

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch Würzburg

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. Oktober 1930.

Berichterstatter: *Prof. Dr. Erich Jung.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhaltsübersicht.

I. Unbenannte Verträge in § 132 des Generalregisters der Reichsgerichtsentscheidungen 1

Unbenannte und gemischte Verträge 1

Definition des unbenannten Vertrages und Bedeutung 3

II. Das Gebiet des unbenannten Vertrages 4

Welche Möglichkeiten werden der Bildung unbenannter Verträge gewährt?

Im Gesetz 5

In den Materialien 6

In der Rechtslehre 6

Systematik im Schuldrecht 11

In der Rechtsprechung 13

III. *Welche Vorschriften finden auf sie Anwendung?*

Parteiabrede 14

Gesetz 14

Materialien 15

Innominatkontrakte 15

Rechtslehre 16

Rechtsergänzung durch den Richter 17

Verhältnis zur „Allgesetzlichkeit“ 18

Rechtschöpfung 18

IV. *Einzelne Verträge* 20

Vertriebsvertrag (Trödelvertrag) 20

Garantievertrag (Schiedsvertrag) u a. 21

V. *Entscheidungen* 23

VI. Abschließend 36

Literatur-Verzeichnis.

Blume, Reichsgericht und Gefälligkeitsverträge, „Recht" 12 (1908), S. 650.

Blociszewski, Die Vermengung von Vertragstypen, Diss. 1905.

Bülow, Oskar, Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, „Recht" X (1913), S. 771.

— Gesetz und Richteramt, 1885.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen 1900/02.

Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht, Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1927.

Fischer-Henle, Das bürgerliche Gesetzbuch, München 1927.

Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909.

Gutzwiller, Über Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft, in „Recht und Staat" 1927, Nr. 54.

Hedemann, J. W., Zivil. Rundschau, in Arch. f. Bürg. Recht 27, S. 343

— Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1921.

— Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert — I. Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910.

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Höniger, Heinrich, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim 1910.

Hueck, Normenverträge in Iherings Jahrb. f. D., 1925.

Jung, Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts, in Festgabe für Dernburg, 1900.

— „Positives" Recht, in Festgabe für Gießen, 1907.

— Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912.

— Ausschluß der Tierhalterhaftung in Vertragsverhältnissen, Arch. ziv. Prax. 117 (Bd. 1), 1919, S. 46.

— Rechtsregel und Rechtsgewissen, Arch. ziv. Prax. 118 (1920).

— Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch usw., Iherings Jahrb. 69, S. 31.

— Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben III, Berlin 1929.

Kihs, Géza, Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes Recht", Iher. Jahrb. 58, S. 413.

Kreß, Allgemeines Lehrbuch der Schuldverhältnisse, 1929.

Kisch, Mantelschuldverträge — Recht 1923, S. 6.

Krückmann, Die Lehre von den Gefälligkeitsverträgen, in Seufferts Blättern 72, S. 113.

— Institutionen des bürgerlichen Rechts, 1930.

Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des B.G.B., I. Bd., München-Leipzig 1929.

Löwenwarter, Wegweiser durch das B.G.B., S. 176.

v. Meerscheidt-Hüllessem, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, D.J.Z. 1910, S. 854.

Motive zu dem Entwurfe des B.G.B., Bd. II.

Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Örtmann, Kommentar zum B.G.B., II, Berlin 1928.

Pappenheim, Max, Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts — Festschrift der Züricher Fakultät für Cohn.

Planck, Kommentar zum B.G.B., Bd. II, Berlin 1914.

Regelsberger, Gesetz und Gesetzesanwendung, Iher. Jahrb. 58, S. 146.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum B.G.B. I., Berlin 1928.

Reichel, Die Schuldmitübernahme, München 1909.

Rümelin, Max, Das Schweizer Gesetzbuch, Tübingen 1908.

Rümelin, Gustav, Dienst- und Werkvertrag, 1905.

Rumpf, Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, Arch. ziv. Praxis, 119. Bd., S. 1.

Schmölder, Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts, Hamm 1907.

Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Iher. Jahrb. 60, S. 106.

Soergel, Kommentar zum B.G.B., Stuttgart 1930.

Sohm-Mitteis, Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, München 1928.

Stammler, Rudolf, Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1908.

Staub, Kommentar zum H.G.B. III., Berlin 1926.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B., II. Bd., München 1930.

v. Tuhr, Schweizer Obligationenrecht, I.H.B., 1924.

Wertheimer, L., Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrecht, „Recht und Staat" 1928, Nr. 58.

Windscheidt, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts:

Bd. 62, 65, 66, 68, 70, 82, 87, 88, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 103, 108, 111, 118, 125,
86, 106, 107. JW. 1924, S. 1424.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554414_0049

I.

Das Generalregister der Reichsgerichtsentscheidungen führt seit 1910 (Reg. zum 61.—70. Bande) unter § 132 (Unbenannte Verträge) zahlreiche Entscheidungen [1]) auf, in denen das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ein „unbenannter Vertrag" ist. Eine dieser Registrierung entsprechende Begriffsbestimmung, die maßgebend für die Einreihung der einzelnen Entscheidungen in § 132 ist, lassen sowohl das Generalregister als auch die einzelnen Entscheidungen selbst vermissen. Doch läßt sich aus der Verschiedenheit der Bezeichnungen wie „Vertrag eigener Art", „gemischter Vertrag", „unbenannter Vertrag" schließen, daß für das Reichsgericht und demgemäß für das Generalregister der Begriff des unbenannten Vertrages in § 132 des Registers ein recht weiter ist, und daß man darunter schlechthin solche Verträge zu verstehen hat, die auf Grund der im Schuldrecht herrschenden Vertragsfreiheit zustandekommen, sich aber weder restlos unter eine der im Bürgerlichen Gesetzbuch unter § 433 ff. geregelten Vertragstypen noch unter ein Spezialgesetz bringen lassen. Die Registrierung im Generalregister ist zweifellos zu begrüßen, aber sie entbehrt — ganz abgesehen davon, daß sie nicht erschöpfend ist — der Klarheit und beachtet nicht recht die bisherigen Bemühungen der Rechtslehre um die Frage des „unbenannten Vertrages im weitesten Sinne" [2]). Es würde dem Stande der Wissenschaft in der Frage dieses Vertrages nicht entsprechen, unter „unbenannten Verträgen" die in § 132 registrierten zu verstehen. In Wirklichkeit finden sich hier zwei große Gruppen von Verträgen, die zwar gemein haben, daß sie von den Typen des Gesetzes abweichen, im übrigen aber eine verschiedene Stellung zu diesen einnehmen. Die eine Gruppe bilden die unter der passendsten Bezeichnung „gemischte Verträge" im Schrifttum behandelten, die andere wollen wir im Gegensatz zu der umfassenden Bezeichnung des Reichsgerichts die der „unbenannten Verträge im engeren Sinne" nennen, die im folgenden kurz als „unbenannte Verträge" bezeichnet werden. Das Schrifttum hat — von Ausnahmen abgesehen — diese Scheidung längst vollzogen.

Sie ist für uns umso leichter, als gerade die gemischten Verträge bisher schon Gegenstand zahlreicher, zum Teil recht eingehender Untersuchungen [3]) waren, auf deren Ergebnisse wir uns teilweise für die unbenannten Verträge beziehen können, während die unbenannten im engeren Sinne meist nur gelegentlich und kurz in verschiedenen Zusammenhängen erwähnt werden.

Eine kurze Betrachtung des gemischten Vertrages erscheint angebracht.

Höniger [3]) hat die gemischten Verträge am umfassendsten behandelt. Er sieht in der Nähe der Verwandtschaft der frei gebildeten Verträge mit den gesetzlichen Vertragstypen das unterscheidende Merkmal für die

[1]) 62/389, 65/18, 37/80, 82/155, 87/215, 88/1, 88/61, 88/108, 91/170/247, 92/171, 94/213, 95/38, 97/22, 98/342, 99/78, 103/149, 108/371, 111/130, 118/43, 118/288, 125/396, 66/143, 70/339, 68/294.

[2]) vgl. Höniger, Gemischte Verträge, S. 349.

[3]) Blociszewski, Höniger, Schreiber, Meerscheidt-Hüllessem.

Gruppenbildung. So unterscheidet er drei Gruppen. Am weitesten entfernen sich von den gesetzlichen Vertragskategorien diejenigen Verträge, die ausschließlich neue Tatbestandsstücke enthalten. Näher stehen solche, die dem Gesetz bekannte und unbekannte Stücke enthalten. Die nächststehende Gruppe bilden die Verträge, deren Tatbestände eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetz normierter Tatbestandsstücke enthalten.

Darin liegt zugleich die Definition der gemischten Verträge, die Höniger seiner Abhandlung zugrundelegt.

Schreiber versteht unter gemischten Verträgen solche, die dem Reichsschuldrecht angehören, gesetzlich aufgestellte Typen ganz oder teilweise enthalten, ohne sich mit ihnen zu decken. Seine Definition reicht demnach bedeutend weiter. Scheinbar umfaßt sie die beiden letzten von Höniger unterschiedenen Gruppen. Doch in der Tragweite gehen beide auseinander. Höniger spricht von Tatbestandsstücken, denen nach seinen weiteren Untersuchungen auch organische Rechtsnormen entsprechen sollen [4]). Das würde auch für die Beurteilung der unbenannten Verträge von Wichtigkeit sein. Nach Schreibers Ansicht kommt einer solchen Zerlegung der gesetzlichen Tatbestände in sog. Elemente nicht die Bedeutung zu, die ihr Höniger zur Basierung seiner Kombinationstheorie beimißt. Da Schreiber schon im Ausgangspunkt seiner Untersuchungen Hönigers „Voraussetzung zunächst nicht akzeptiert“ [5]), trennt er sich schon da von Hönigers Definition. Diese Feststellung ist wichtig wegen der Abgrenzung der unbenannten Verträge. Weil nun Schreiber die Bedeutung, überhaupt das Vorhandensein dieser einzelnen Tatbestandsstücke leugnet, muß er folgerichtig auch entschieden weiter gehen als Höniger und unter gemischten Verträgen nicht eine scharf umrissene Gruppe von Verträgen verstehen, sondern einen „Kreis von Fragen“, die in irgendeiner Einzelheit an eine der Typen erinnern.

Es kommt nun nicht schlechthin darauf an, ob ein Vertrag eine gesetzlich aufgestellte Type teilweise enthält — teilweise kann man weit und eng auffassen —, vielmehr kommt es darauf an, welche Bedeutung dem im Inhalte, im besonderen Wesen des Vertrages zukommt. So müßte nach Schreiber z. B. eine unentgeltliche Werkleistung noch Gegenstand eines gemischten Vertrages sein. Der Vertrag enthält hinsichtlich der Werkleistung zum Teil die gesetzlich aufgestellte Type des Werkvertrags, nur daß an Stelle der Entgeltlichkeit die Unentgeltlichkeit steht. Richtiger Ansicht hat man es hier aber mit einem unbenannten Vertrage zu tun [6]).

Verträge ohne typische Elemente, z. B. Tarifvertrag und Elektrizitätslieferungsvertrag, will Schreiber als vollkommen untypische Verträge an dieser Stelle seiner Untersuchungen ausscheiden. Ob aber eine Trennung dieser Verträge von den anderen überhaupt grundsätzlich angebracht ist, will er erst auf Grund seiner weiteren Untersuchungsergebnisse beantworten. Schreiber kommt am Schluß seiner Untersuchungen zu einer Theorie der analogen Rechtsanwendung für die Beurteilung der gemisch-

---

[4]) Die Auffassung geht von Gustav Rümelin — Dienstvertrag u. Werkvertrag, S. 320 — aus. R. spricht von „relevanten Tatbestandsmomenten und ihnen angeordneten rechtlichen Wirkungen“. Er deutet bei dieser Untersuchung die Möglichkeit an, beim Vorliegen eines dieser relevanten Tatbestandsmomente einzelne der zu ihnen gehörigen Rechtsfolgen auch auf andere obligatorische Verträge anzuwenden.

[5]) a. a. O., S. 118.

[6]) Jung, Arch. ziv. Prax., S. 156 — Tierh.-Haftung in Vertr.

ten Verträge. Die vollkommen untypischen erwähnt er nicht mehr. Für die Beurteilung der unbenannten Verträge kommen wir zum Teil auch zu diesem Ergebnis „der analogen Rechtsanwendung". Trotzdem bleibt aber eine Abgrenzung zu den gemischten Verträgen notwendig, wenigstens in der wissenschaftlichen Behandlung.

Mehr empfiehlt sich, wie Höniger, die frei gebildeten Verträge in Gruppen[7]) zu unterscheiden, dann allerdings die beiden von den Typen entfernteren als Gruppen von unbenannten Verträgen aufzufassen. Alsdann können wir unseren Ausführungen die Definition voranstellen:

Unbenannte Verträge sind solche Verträge, die von den gesetzlich aufgestellten Typen abweichen und keines der für die gesetzlichen Vertragstatbestände *wesentlichen* Merkmale ausschließlich enthalten.

Dazu gehören in erster Linie die vollkommen untypischen Verträge, die also überhaupt kein Tatbestandsstück der dem B.G.B. bekannten Vertragsarten enthalten würden, weiterhin, die Verträge, die bekannte und unbekannte Stücke enthalten. Dabei dürfen die bekannten Tatbestandsstücke nicht wesentlich für einen gesetzlichen Tatbestand sein. Es kommt nicht auf die Bezeichnung an, die die Parteien etwa dem Vertrage geben, sondern darauf, ob „in concreto" die Voraussetzungen, an die einer der benannten Vertragstypen Rechtsfolgen anknüpft, gegeben sind. Dabei kommt aber dem besonderen Wesen des Vertrages, wie ihn die Parteien gewollt haben, eine besondere Bedeutung zu, namentlich, wenn aus dem Vertrage unschwer hervorgeht, daß eine Abweichung von einer der Vertragstypen beabsichtigt ist[8]). Es muß sich eben um eine wesentliche Abweichung handeln. Wollte man das nicht unterscheiden, so würde die Zahl der tagtäglich geschlossenen unbenannten und auch gemischten Verträge die der benannten übertreffen, bestimmt aber denen gleichkommen, die schablonenhaft genau mit den typischen Verträgen sich decken. Man könnte nicht sagen, daß sich „das Leben in diesen herkömmlichsten Formen" abspiele. Nur wo sich aus der gesamten Beurteilung des Vertrages unschwer ergibt, daß ein wesentliches Erfordernis der nächstliegenden Type fehlt, ist ein unbenannter Vertrag anzunehmen, selbst wenn ein auf den ersten Blick hervorstechendes, bei genauer Prüfung nicht wichtiges Merkmal gegeben ist. Daher genügt zur Feststellung des Vertragstypus im Regelfalle die Subsumption der wichtigsten Parteivereinbarungen unter den passendsten Vertragstypus. Die Bezeichnung, die die Parteien dem Vertragsverhältnis geben, ist, wie schon gesagt, für die Zurechnung zu einem der Typen nicht maßgebend (sie kann höchstens zur Auslegung unklarer Erklärungen dienen), wenn sich ergibt, daß der wesentliche Inhalt des Vertrages etwas anderes besagt, als nach der Bezeichnung der Parteien im Vertrage vermutet werden konnte. Andererseits liegt natürlich kein unbenannter Vertrag, sondern nur der Schein eines solchen vor, wenn nämlich trotz abweichender Bezeichnung die Erfordernisse eines benannten gegeben sind[9]). Sehr oft erweist sich die Einordnung eines solchen Vertrages aber als sehr schwierig, ebenso die Feststellung seiner wesentlichen Merkmale.

Um noch einmal auf die oben erwähnte Definition zurückzukommen, ist noch zu bemerken, daß Jung, der den unbenannten Vertrag ver-

[7]) Höniger, a. a. O., S. 1: Jede dieser Gruppen bietet der Wissenschaft eine besondere Aufgabe.
[8]) vgl. Enneccerus I, 2, § 322 VI.
[9]) Fischer-Henle § 305, Anm. 7, Örtmann Bem. 3 vor § 433, R.G.E. 118/289.

schiedentlich erwähnt, scheinbar ihn ebenfalls recht weit auffaßt. Er versteht darunter „schuldrechtliche Vereinbarungen, die sich nicht unter eine der gesetzlich aufgestellten besonderen Vertragsformen unterbringen lassen“ [10]). Einschränkend sagt er jedoch weiter unten, daß gemischte Verträge nicht als unbenannte Verträge zu betrachten seien. Insofern deckt sich also unsere Definition mit seiner Auffassung.

Eine einigermaßen vollständige Darstellung der Frage des unbenannten Vertrages ist hier nicht beabsichtigt (Beiträge!), insbesondere nicht eine Staffelung der einzelnen vorkommenden Verträge, wie Höniger die gemischten Verträge auf Grundformen gebracht und auf dieser geordneten Grundlage beurteilt und Vorschläge für die Auswahl der Rechtsfolgen gemacht hat. So interessant die Darstellung sein mag, welche unbenannten Verträge heute noch entstehen können, so uferlos, unbegrenzt ist sie [11]). Einen breiten Raum nehmen dagegen die Verträge ein, die wirklich geschlossen und vom Reichsgericht beurteilt worden sind, ferner diejenigen unbenannten Verträge, die infolge ihres häufigen Auftretens gewissermaßen schon „verkehrstypisch“ geworden sind. Aus den Entscheidungen lassen sich nur allgemeine Regeln, die man für die Beurteilung der unbenannten Verträge aufgestellt hat, bestätigen. Wichtig sind sie eben als Entscheidungen, als Ergebnis der rechtschöpferischen Tätigkeit des Reichsgerichts. Zur Nutzbarmachung dieser Rechtschöpfung [12]) im weitesten Umfange leistet das Generalregister auch in dieser Form schon fühlbare Dienste. So will auch diese Arbeit nur ein Beitrag sein zur Erfassung einzelner unbenannter Verträge, zur Verwertung der Erkenntnisse des Reichsgerichts, zur Zusammenstellung der bisher gemachten wichtigsten Äußerungen über die Frage des unbenannten Vertrages. Innig verknüpft mit der Entwicklung und Gestaltung des Verkehrs- und Wirtschaftslebens geht die Entwicklung des frei gebildeten Vertrages. Je mehr solche Verträge zur Entscheidung der Gerichte gelangen, umso mehr drängt es, diesem Problem — als solches erweist es sich dann ja — näher zu treten in ähnlicher Weise, wie das bei den gemischten Verträgen geschehen ist, die bis 1907 kaum beachtet, heute zum Teil recht eingehender Behandlung in jeder Darstellung des Rechts der Schuldverhältnisse sich erfreuen.

II.

Der ungefähren Feststellung des Begriffes, der Festlegung des Kreises, in den diese zahlreichen mannigfaltigen Erzeugnisse der freien Vertragsbildung fallen, folgt die Darstellung, wie der Gesetzgeber, das Gesetz, die Wissenschaft, die Rechtsprechung und Geschichte sich zum Problem des unbenannten Vertrages verhalten.

Und zwar zunächst, welcher Raum der freien Vertragsbildung gewährt wird, wie das Gesetz ihrer Beurteilung gerecht wird, welche Vorschläge für die Auswahl und Auffindung der Rechtsfolgen gemacht werden. Vorweg genommen sei, daß die Frage, ob unbenannte

[10]) Iher. Jahrb. 69, S. 78.

[11]) Überhaupt zeigt sich gerade hier, wie schwierig sich innerhalb einer großen Gruppe von Rechtsgebilden Abgrenzungen durch Aufstellung von Definitionen durchführen lassen. Praktisch läßt sich oft nicht einmal sagen, ob im Einzelfall ein gemischter oder ein unbenannter Vertrag anzunehmen ist.

[12]) vgl. weiter unten.

Verträge sich mit dem Gesetz vereinbaren lassen, zweifellos nicht so wichtig ist wie jene, welche Vorschriften auf diese nicht individuell geregelten Verträge anzuwenden sind. Daß dabei die Betrachtung dieser Frage in der geschichtlichen Entwicklung nicht, wie man annehmen sollte, am Anfang, sondern erst am Schluß geschieht, wird dadurch begründet, daß die Geschichte erst dann zur Hilfe werden sollte, wenn das geltende Recht in der Beurteilung der Frage uns im Stiche ließ, weiter aber auch dadurch, daß die Geschichte eine „Frage des unbenannten Vertrages" im heutigen Sinne nicht kannte, weil diese nur bei grundsätzlicher Vertragsfreiheit auftaucht und überhaupt erst, wo das System des benannten Vertrages herrscht.

Das Gebiet, in dem die unbenannten Verträge gewöhnlich auftreten, bedarf noch einer Skizzierung in großen Zügen:

In der Mehrzahl fallen sie natürlich in das Gebiet der Schuldverhältnisse des B.G.B. (besonderer Teil) aus dem einfachen Grund, weil dieses der hauptsächliche Tummelplatz der Vertragsfreiheit ist. Ein Teil reicht von da hinüber in die schuldrechtlichen Spezialgesetze, manche auch in das Gebiet des öffentlichen Rechts. Auch das Landesrecht hat für die Aufstellung besonderer Vertragsverhältnisse noch Geltung. Eine grundsätzliche Beschränkung auf das Reichsschuldrecht, in ähnlicher Weise, wie Schreiber die Darstellung der gemischten Verträge begrenzt, ist hier nicht beabsichtigt, obwohl schon dieses Gebiet einen recht weiten Spielraum bietet. Dann müßte jedoch ein Teil der Reichsgerichtsentscheidungen aus der Betrachtung ausgeschaltet werden. Das Gebiet des Sachenrechts ist dem unbenannten Vertrage verschlossen, hier herrscht der numerus clausus. Das Familienrecht bietet im Güterrecht bestimmte Vertragstypen, neben denen auch andere Güterrechtsverträge möglich sind. Wenn auch diese Verträge ausführlich geregelt sein müssen, wären sie in gewisser Hinsicht, weil Vertragsfreiheit — allerdings in beschränktem Maße — und Typen vorliegen, als unbenannte Verträge anzusprechen. Darauf soll aber hier nicht näher eingegangen werden. Das Erbrecht hat keine Typen, abgesehen vom Erbvertrag, der in sich den Parteien Spielraum läßt („Vergabungsfreiheit")[13]. Indes kann hier nicht von einem unbenannten Vertrage im Sinne unserer Ausführungen die Rede sein.

Im Gesetz.

Nach § 305 B.G.B. ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses aus Rechtsgeschäft in der Regel ein Vertrag erforderlich. Im 7. Abschnitt „Einzelne Schuldverhältnisse" bringt das Gesetz eine Reihe von Schuldverhältnissen, die wegen ihrer Häufigkeit im täglichen Leben eine besondere Regelung erfahren haben. Die Anordnung der Reihenfolge ist nach bestimmten Gesichtspunkten erfolgt. Sie mag systemähnlich sein, ein starres System, das anders geartete Verträge ausschließt, ist sie nicht. Sie ist überhaupt wenig systematisch im Sinne von durchdachten oder nach inneren Merkmalen gegliedert; als solche Merkmale würde sich ergeben: 1. ob entgeltliche oder unentgeltliche „Sonderverbindung", 2. was der Gegenstand der Verschaffung ist: Sache, Nutzung oder Dienste. Abgesehen von verhältnismäßig wenigen zwingenden Vorschriften[14] steht

[13]) Hedemann, Fortschritte, S. 20.

[14]) Ehrlich, Das zwingende u. nichtzwingende Recht, S. 23 — „Prinzip der Freiheit obligatorischer Verträge innerhalb gew., allerdings recht weiter Grenzen."

über diesen einzelnen Schuldverhältnissen der Wille der Parteien [15]), ebenso in der Aufstellung anderer Vertragsarten. Im Gesetz wird dieses Prinzip, Vertragsfreiheit genannt, nicht ausdrücklich erwähnt. Es geht aber aus der Entstehungsgeschichte des B.G.B. und auch aus dem Zusammenhange des Rechts der Schuldverhältnisse hervor, ist als eine „generelle Norm" [16]) des Schuldrechts anzusehen.

§ 305 sagt schlechthin, daß ein Schuldverhältnis durch Vertrag entsteht. Was zur Entstehung eines Vertrages erforderlich ist, bestimmt der Allgemeine Teil des B.G.B. § 145 ff. Auch hier ist nicht ausdrücklich gesagt, daß ein Vertrag durch Annahme eines Antrages zustandekommt.

Abschnitt 7 zählt nur „e i n z e l n e Schuldverhältnisse" auf, nicht d i e einzelnen Schuldverhältnisse. Schließlich bestimmt noch seit 1919 Art. 152 der R.V., daß Vertragsfreiheit herrschen soll. Auch der allgemeine Teil des Rechts der Schuldverhältnisse enthält gewisse sehr allgemeine Typen, wie gegenseitiges, einseitiges Schuldverhältnis. Auch hier gibt es — allerdings in beschränktem Maße — eine Frage des unbenannten Vertrages [17]).

Mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit gestattet das Gesetz ganz allgemein die Bildung unbenannter Verträge. Speziell läßt es in den §§ 445, 493 „andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind", ausdrücklich zu. Trotzdem sind solche Verträge nicht als typische, sondern als außertypische anzusehen. Das Gesetz regelt sie nur gelegentlich. Es kann vorkommen, daß auf solche Verträge auch die Kaufvorschriften, auf die hier verwiesen wird, nicht Anwendung finden dürfen, wenn sie dem besonderen Wesen des Vertrages nicht entsprechen. Selbstverständlich bestehen im übrigen für die Bildung der unbenannten Verträge die allgemeinen Schranken, die das Gesetz für Vertragsbildung aufstellt. Sie dürfen — kurz gesagt — nicht gegen gesetzliche Verbote — speziell nicht gegen zwingende Normen — und gegen die guten Sitten verstoßen.

Die Materialien des B.G.B.[18]) äußern sich zu der Entstehungsmöglichkeit der unbenannten Verträge, daß im Entwurf selbstverständlich nicht alle denkbaren Verträge geregelt seien, bei der Vielgestaltigkeit der Verkshrsbeziehungen sei das auch an sich unmöglich. Soweit nicht bestimmte einzelne absolute Gesetzesvorschriften entgegenständen, herrsche Vertragsfreiheit. So hat man die Gestaltung verschiedener Verträge (Trödelvertrag, Garantievertrag, Viehverstellung, Submissionsvertrag u. a.) teils der Wissenschaft überlassen, teils auch dem Landesrecht. Zulassen wollte man also alle diese Verträge, die trotz ihrer mehr oder weniger schönen Bezeichnung als „typische Vertreter" der zahlreichen übrigen unbenannten Verträge anzusehen sind, man wollte nur keine besonderen Bestimmungen für sie aufstellen.

Die Rechtslehre mußte sich grundsätzlich wegen der positivrechtlichen Vertragsfreiheit für die Zulassung des unbenannten Vertrages aussprechen, wenn auch nicht einheitlich in seiner Bezeichnung, so doch — von Ausnahmen abgesehen — in seiner Anerkennung. So ist die Rede von atypischen oder nichttypischen im Gegensatz zu den Vertragstypen, den ungeregelten im Gegensatz zu den besonders geregelten Verträgen, den

[15]) Enneccerus I, 2 § 322 — „freier Wille, indes eingeschränkt in anderer Richtung".
[16]) Hedemann, Fortschritte, S. 23.
[17]) vgl. Reichel, Die Schuldmitübernahme.
[18]) Mot. II. S. 2, S. 321.

freien (auf Grund der Vertragsfreiheit zustandegekommenen), den namenlosen Verträgen, den Innominatkontrakten (im modernen Sinne) ähnlich den römischen Rechtsgebilden, den contractus sui generis, den Verträgen eigener Art. Überwiegend ist die Bezeichnung „unbenannter Vertrag".

Die Kommentare zum B.G.B. von Staudinger[19]), Örtmann[20]), Planck[21]), Soergel[22]), Fischer-Henle[23]) räumen auf Grund der Vertragsfreiheit dem unbenannten Vertrage weitgehende Möglichkeiten ein. Nach Staudinger muß nicht jeder Vertrag unbedingt einem der Typen angehören. Planck geht soweit, daß vielmehr der Neigung entgegengetreten werden muß, jedes Schuldverhältnis, das im Leben begegnet, unter eines der im Gesetz geregelten Verhältnisse unterzuordnen. Örtmann bemerkt, es stehe den Parteien frei, neben den Typen (§ 433 ff.) noch andere Verträge im Rahmen der Schuldverhältnisse zu schließen.

Enneccerus[24]) erwähnt die unbenannten Verträge unter den ungeregelten als „Vertragsverhältnisse, welche unter keinen der Vertragstypen passen und für welche auch kein anderes Reichsgesetz oder vorbehaltenes Landesgesetz maßgebend ist". Das Prinzip der Vertragsfreiheit legt er dahin aus, daß, „sofern nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, Schuldverhältnisse jedes Inhaltes geschlossen werden können". Man könne aber auch darunter verstehen, daß Verträge auf dem freien Willen der Parteien beruhen sollten (so R.V. Art. 152).

Eine Unterscheidung trifft auch Leonhard[25]). Nicht genügend unterschieden werde bei der Vertragsfreiheit zwischen Inhalts- und Formfreiheit. Das Schuldrecht habe die Aufgabe, die Bewegung des Rechtes und des Verkehrs zu ermöglichen. Gerade hier herrsche Freiheit, neue Formen zu suchen — innerhalb der gesetzlichen Schranken. Die Regel bilde das nachgiebige Recht. Dies dürfe man aber nicht schlechthin dahin bestimmen, daß es durch Parteibestimmung außer Wirksamkeit gesetzt werden solle. In Wirklichkeit lägen hier zwei Rechtssätze vor, ein ermächtigender, der den Parteien das Bestimmungsrecht übertrage, daneben ein aushelfender, ergänzender. Diese seien entweder auslegend oder ergänzend. Weiter äußert er sich zu unserer Frage, wie sich diese Parteibestimmung zu den Typen des Gesetzes verhält. Auch hier sei der Gedanke der Inhaltsfreiheit maßgebend, einmal andere Verträge zu bilden, ein andermal den Inhalt der Typen abzuändern.

Eingehender noch äußert sich Heck zum unbenannten Vertrage (die Bezeichnung, die er ausdrücklich billigt)[26]). Mit der Ungeschlossenheit der Typen, die induktiv aus häufigen Interessenverhältnissen entstanden seien, hänge das Vorkommen der atypischen Verträge zusammen. Durch sie würden die gesetzlichen Typen ergänzt, weil kein Gesetzgeber die Mannigfaltigkeit des Lebens übersehen könne. Daraus, daß das Gesetz einen Vertrag nicht typisch geregelt habe, folge nicht ohne weiteres, daß nicht auch das Leben ihn mit einem typischen Inhalt ausgestattet habe. Das Gegenteil sei sehr häufig. So könne ein Vertrag sehr oft „verkehrstypisch" sein. Neben Verträgen, die Gegenstand von Reichsgerichts-

---

19) II, 1, § 305, Einl. 4 (Staudinger).
20) Örtmann, § 433, Vorbemerkung.
21) II, 2, 7. Abschnitt (Planck).
22) Soergel, Kommentar, II. 241, Vorbem. 3.
23) Fischer-Henle, § 305 (7).
24) Enneccerus, I, 2, § 322.
25) Schuldverhältnisse, Bd. I., S. 292.
26) Schuldrecht, S. 243/44.

entscheidungen geworden sind, erwähnt er z. B. den Wohnungstauschvertrag, der aus der Wohnungsnot der vergangenen Jahre entstanden sei. Das Gesetz regele wohl den Sachaustausch, nicht aber solche Abkommen über Wohnungen. Hedemann [27]) bezeichnet die Typen als Gebilde, die sich eingebürgert haben und erstarrt sind. Jedes solche Erstarren habe seine Gefahren. Es nehme der Gedankenwelt die Beweglichkeit, bleibe zurück hinter dem unablässig weiter drängenden Leben. Dieser Gefahr könne man geistig begegnen, indem man sich immer wieder daran erinnere, daß es nicht so sein müsse, wie die Formulare es hinstellen, daß möglicherweise auch Besseres gefunden werden könne. Die Parteien könnten, wenn es für ihre Zwecke besser passe, auch Abweichendes vereinbaren. Vertragsfreiheit stehe über den typischen Bildern. Dagegen muß gesagt werden, daß Hedemann in seinem Eintreten für den unbenannten Vertrag die Bedeutung der Typen zu sehr herabsetzt. Noch schärfer fällt seine Kritik in seiner ziv. Rundschau [28]) aus. Im obligatorischen Recht zeige sich wie nirgends die geringe gesetzgeberische Befähigung unserer Zeit. Die einzelnen Typen seien einfach ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden, sicherlich in recht unsystematischer Weise, aufkeimende Neuerungen seien damit erstickt. Immer wieder würden Versuche gemacht, über die Typen hinauszukommen.

Ähnlich äußert sich zu unserer Frage v. Tuhr (im Schweiz. Obligationenrecht) [30]). Im speziellen Teil seien nur die herkömmlichsten und wichtigsten Schuldverhältnisse geregelt. Den Parteien bleibe es unbenommen, Verträge zu schließen, welche das Gesetz nicht regelt. In Ergänzung und Spezialisierung habe die Verkehrssitte zahlreiche Vertragstypen geschaffen. Zulässig seien endlich Verabredungen so singulären Inhalts, daß sie unter keinen dem Gesetz oder der Verkehrssitte bekannten Typus gesetzt werden könnten. Der Gesetzgeber pflege sein Material der Vergangenheit zu entnehmen und bleibe daher oft genug hinter den wirtschaftlichen Vorgängen und Bedürfnissen der Zeit zurück (z. B. gegenüber neuzeitlichen Einrichtungen, wie Nachrichtenübermittlung: Drahtnachricht, Fernspruch, Rundfunk).

In diesem Zusammenhange erscheint es zweckmäßig, zunächst die einschränkenden Ansichten der Lehrbücher der Schuldverhältnisse von Endemann und Kreß zu erwähnen. Endemann [31]) gewährt dem unbenannten Vertrage nur verhältnismäßig wenig Raum. Auf Grund der materiellen Vertragsfreiheit bleibe zwar dem freien Willen der Verkehrskräfte und der Selbstbestimmung der Beteiligten überlassen, welche Interessen zum Gegenstand der Schuldverpflichtungen gemacht würden (Inhaltsfreiheit) und in welcher Form sie diese zum Ausdruck bringen wollten. Jede beliebige Fassung des Versprechens genüge, wenn es nur durch freie richterliche Auslegung auf einen vernünftigen juristischen Sinn und eine rechtlich anerkannte Leistungspflicht gebracht werden könne. Insoweit decken sich unsere Auffassung und die bisherigen Ausführungen mit seiner Ansicht. Er fährt dann fort: Was juristisch schutzwürdig sei, ergebe nicht das Belieben der Parteien, sondern die in Brauch und Übung befestigte Volksüberzeugung. Die Erfahrung zeige, daß neue Schuldverhältnisse sich erst nach langem Ringen die Verkehrsanerkennung zu er-

---

[27]) Hedemann, Schuldrecht, S. 49.
[28]) Hedemann, Arch. ziv. Prax. 27, S. 342.
[30]) v. Tuhr, Schweiz. Obl., I. HB., S. 218.
[31]) I., S. 594, § 101.

streiten vermöchten. Und das geschehe regelmäßig, da im wesentlichen für alle Bedürfnisse bereits typisch ausgebildete Verträge vorlägen, durch Unterordnung und Anpassung des neuen Geschäfts unter eine bekannte Rechtsform. An anderer Stelle [32]) fordert er zu einer anerkennungswürdigen Neuschöpfung regelmäßig Nachweis eines objektiv wertvollen Interesses und eine allgemein das Schuldverhältnis bestätigende Übung, die, wenn sie auch zu einem Gewohnheitsrecht noch nicht geführt habe, doch geeignet sei, seine Entstehung anzubahnen. Der Zusammenhang mit der Bildung eines Gewohnheitsrechtes werde hier regelmäßig nicht genügend beachtet. Die Anerkennung eines neuen Schuldverhältnisses setze eine es bestätigende Norm des objektiven Rechts voraus. Wie diese Norm sich bilde, das sei das wahre Problem. Jedes beliebige subjektive Recht sei nicht anerkennungswürdig. So bedeute die sogen. Vertrags- oder Typenfreiheit in Wahrheit, daß der gewohnheitsrechtlichen Neubildung von Rechtsnormen, die neue Schuldverhältnisse anerkennen, kein Verbotsgesetz entgegenstehe. Als Beispiel für einen neuartigen Vertrag, der keinen Anspruch auf Anerkennung habe, führt er an: das Ausleihen eines Kanarienhähnchens zur Zucht gegen das Versprechen, die Hälfte der gezogenen Vogeljungen zu geben. Schon dieser Fall zeigt, wie veraltet die Meinung Endemanns ist. Heute würde niemand einer solchen Vereinbarung die rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit absprechen. Die Ansicht Endemanns steht zu sehr im Banne der Typen. Wenn es sich bei dem Ausleihen des Kanarienhähnchens auch um ein besonderes Gebiet handelt, dessen Behandlung vor Gericht sich jedenfalls nach Endemann nicht mit der Würde des Gerichts vereinbaren ließe, so kann man doch nicht gut einsehen, warum hier das Verlangen des Klägers auf Aushändigung der Vogeljungen nicht juristisch schutzwürdig sein sollte, bestimmt aber heute nicht, wo die Vogelzucht — speziell die Kanarienzucht — ein recht verbreiteter Wirtschaftszweig ist, und solche Abmachungen bestimmt nicht zu den Seltenheiten zählen werden. Für die Forderung Endemanns, daß für die Anerkennung neuer Schuldverhältnisse eine gewohnheitsrechtliche Rechtsnorm sich bilden müsse, fehlt es an einer Grundlage im Gesetze. Endemann findet auch mit dieser Forderung, die eine weitgehende Einschränkung des unbenannten Vertrages bedeuten würde, keine Unterstützung, weder in der Rechtslehre, noch in der Rechtsprechung, auch nicht in der Unterscheidung, die Leonhard [33]) beim Bestimmungsrecht der Parteien macht zwischen dem ermächtigenden Rechtssatze, der den Parteien das Bestimmungsrecht überträgt, und dem aushelfenden. Einer weitergehenden Stellungnahme dazu bedarf es unter Hinweis auf die vorhergehenden Äußerungen nicht.

Auch die Ansicht von Kreß [34]) ist ziemlich einschränkend. Nach seiner Meinung ist ein Vertrag dann atypisch, wenn bei der Vereinbarung von den wesentlichen Tatbeständen — Leistung oder Zweck — der typischen Verträge abgewichen wird. Die typischen Verträge sind nach seiner Ansicht so weit gefaßt, daß für Abweichungen — atypische Leistungen — wenig Spielraum bleibe. Die typischen unentgeltlichen, wie auch die entgeltlichen deckten alle wirtschaftlich in Betracht kommenden Leistungen [35]). Nur der typische Begriff des Kaufes weise eine gewisse Enge auf. Gegen Kreß ist zu sagen, daß das Gesetz zwar nicht ausdrücklich fest-

[32]) a. a. O., S. 909.
[33]) vgl. S. 7 unserer Ausführungen.
[34]) Allgem. Schuldrecht, S. 72.
[35]) Krückmann äußert dieselbe Ansicht in der Frage der Gefälligkeitsverträge; vgl. unten S. 26.

legt, wann z. B. ein Kaufvertrag oder ein Werkvertrag oder ein anderer benannter Vertrag vorliegt — das Gesetz sagt einfach: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet usw. — so daß man recht gut alle möglichen Leistungen und Vereinbarungen unter diese weiten Typen bringen kann. Dagegen sind aber die Rechtsfolgen nicht auf eine solch weitgehende Subsumption zugeschnitten. Sehr oft würde die trotzdem vorgenommene Unterordnung unter einen der Typen eine Vergewaltigung des betreffenden Vertrages bedeuten.

Wie gesagt, Endemann und Kreß stehen mit dieser Einschränkung des unbenannten Vertrages ungefähr allein.

Auch in Einzelschriften wird der unbenannte Vertrag erwähnt und vertreten.

Reichel [36]) setzt sich in einer umfangreichen Abhandlung für einen unbenannten Vertrag im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse ein, die Schuldmitübernahme oder kumulative Schuldübernahme. Die Schuldmitübernahme steht heute so ziemlich anerkannt neben dem gesetzlichen „Typus" der Schuldübernahme. Aber trotzdem sich seit Reichels Abhandlung manches zugunsten der unbenannten Verträge überhaupt geändert hat, haben seine Ausführungen in der Einleitung immer noch Bedeutung.

Das „Quae sit actio"-Prinzip" herrsche immer noch zu sehr. Für viele gelte noch der Satz: Quod non in lege, non est in mundo. Die Dogmatik verstoße gegen die Gestaltungsfreiheit, sie überschätze bei weitem die logische und praktische Bedeutung der typischen Vertragsformen. Logisch-systematisch betrachtet, sei jeder Vertrag zunächst Vertrag, erst später ein Vertrag bestimmter Art, gleichviel ob benannter oder unbenannter [37]). Die Vorliebe, den sogenannten benannten Verträgen irgendeinen Vorteil oder Vorrang vor den unbenannten Verträgen einzuräumen, fehle gegen die Logik des Systems nicht minder als gegen die Bedürfnisse des Verkehrs.

Reichel setzt sich damit in sehr entschiedener Weise für den unbenannten Vertrag ein. In erster Linie leitete ihn dabei das Bestreben, dem unbenannten Vertrage der Schuldmitübernahme entsprechend ihrer Verkehrsmäßigkeit Anerkennung zu verschaffen. Seine Worte „logisch-systematisch betrachtet, sei jeder Vertrag zunächst Vertrag" bezeichnen jedenfalls den Vorgang der sogen. Subsumption, zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Vertrag vorliegt, erst dann, welche besonderen Merkmale ihn für die Unterbringung unter einen der Typen geeignet erscheinen lassen, weiterhin, ob die Rechtsfolgen dieses Typus' seinem Wesen, seiner „Struktur" entsprechen. Wie gesagt, die Vorwürfe, die Reichel mit seinen obigen Worten macht, sind heute nicht mehr in dem Maße berechtigt wie damals, weil die Gegner nur noch vereinzelt dastehen und durchweg eine weitherzige Auffassung der Vertragsfreiheit und der Ungeschlossenheit des „Typensystems" früheren Vorurteilen Platz gemacht hat. Im Zeichen dieser freiheitlichen Fortbildung stehen die Ausführungen Huecks, der von der neuen „Rechtsfigur des Normenvertrages" spricht [38]) und Anpassung des Rechtslebens an die Änderungen in der Struktur des Wirtschaftslebens verlangt, desgleichen die Ausführungen Rumpfs über

[36]) Reichel, Die Schuldmitübernahme, S. VII.
[37]) vgl. Crome II., S. 22, 25 „keine abweichende juristische Struktur des unbenannten Vertrages".
vgl. ferner Meersch.-Hüllessem, S. 854.
[38]) Hueck, Normenverträge, S. 34.

„Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte“ [39]). Der Gegenstand der Rechtswissenschaft sei nicht angewiesen auf abstrakte Rechtsnormen, es bestehe kein zusammenhängendes, widerspruchsloses System. Gegenstand sei vielmehr das deutsche Volksleben in seinem Zusammenhange und seiner Abhängigkeit von den geltenden Normen des Rechts. Die Norm habe sich rechtslogisch ihres formalen Charakters zu entkleiden, daß sie die Tatsächlichkeiten des Lebens mit in sich aufnehme, ferner rechtsethisch sich bereichere, indem sie sich als Trägerin von Werten verstehe, Menschen und Rechtsgenossen als Gesinnungsträger zu ergreifen suche, Normenlehre und Tatbestandslehre machten zusammen die Rechtswissenschaft aus.

Auch aus diesen Worten geht hervor, daß sehr oft zu abstrakt bei der Beurteilung der Verträge gedacht wird, und daß dann die abstrakte Norm oft nicht der Beurteilung des wirklichen Tatbestandes gerecht wird.

Hierher gehören auch die zahlreichen Abhandlungen über das arbeitsrechtliche Vertragswesen, zählt doch auch der Tarifvertrag in seinem schuldrechtlichen Teil mit zu den unbenannten Verträgen [40]).

Jung wirft an einer Stelle im Anschluß an seine Einteilung der schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte in sechs Grundformen [41]) ungefähr die Frage auf, welche unbenannten Schuldverträge heute noch Gültigkeit haben. Daran anschließend erwähnt er verschiedene Vereinbarungen, die zur Entscheidung der Gerichte gelangt sind. Dabei weist er auch auf das Generalregister der Reichsgerichtsentscheidungen hin, das ja auch zum Ausgangspunkt unserer Frage geworden ist. In einer der neuesten Abhandlungen [42]) über den schuldrechtlichen Grund weist er ebenfalls auf die unbenannten Verträge als Gegenstand der Reichsgerichtspraxis hin.

Jung bemerkt bei der Einteilung der schuldrechtlichen Geschäfte, daß die Nutzbarmachung der Praxis, der richterlichen Rechtsfindung, des sogen. Spruchrechts erst richtig ermöglicht würde durch „eine Gliederung des gesetzlichen Rechtsstoffes nach seinen inneren Merkmalen, nach den in der Sache liegenden Ähnlichkeiten und Unterschiedenheiten“. Mit Rücksicht darauf, daß die Praxis des Reichsgerichts in unserer Frage eine nicht unbedeutende Rolle spielt, sei ein kurzer Blick auf die Systematik des B.G.B. im besonderen Teil des Schuldverhältnisses geworfen. Daß die unter Abschnitt VII vollzogene Anordnung der „einzelnen Schuldverhältnisse“ kein System darstellt, wurde oben schon gesagt und dürfte auch kaum noch mit Recht bestritten sein. Ein System müßte die nicht erfaßten Gebilde ausschließen. Damit ist aber nicht gesagt, daß man in der Darstellung der Schuldverhältnisse dieser Anordnung nicht folgen könnte, weil ja die Anordnung der Typen nach bestimmten Gesichtspunkten erfolgt ist. Aus verschiedenen Gründen behalten die einen die Reihenfolge des Gesetzes bei [43]), während die anderen von ihr abweichen [44]).

Nach Leonhard ist der erste große Teil nach dem Inhalt der Leistung (Gedanke der Leistungseinteilung) eingeteilt. So enthält der erste Teil:

I. Verträge auf Lieferung von Sachen:

a) endgültig,

---

[39]) Arch. ziv. Prax. 119, S. 1.
[40]) vgl. Staudinger II, 1, § 305, 4. Einl., § 611, Vorb. VIII.
[41]) Erörterungen zum deutsch. B.G.B. usw., Jh. J. 69, S. 32.
[42]) Das Wesen des schuldr. Grundes (812) für die Systematik des Priv.R., S. 143.
[43]) so Ennecc. I, 2, § 322, Heck, S. 244, Leonhard, a. a. O., S. 320.
[44]) so Hedemann, S. 49 — Schuldrecht —.

aa) entgeltlich (Kauf),
bb) unentgeltlich (Schenkung);

b) vorübergehende Überlassung,
aa) entgeltlich (Miete),
bb) unentgeltlich (Leihe);

c) rechtlich Veräußerung, wirtschaftlich Überlassung eines Kapitals (Darlehn).

II. Verträge auf Leistung von Arbeit:

a) entgeltlich (Dienst-Werkvertrag, woran Mäklerv. u. Auslob. anschl.),

b) unentgeltlich (Auftrag), beides kann Verwahrung sein;

III. Vertrag auf Lieferung von Sachen und Leistung von Arbeit (Gesellsch.).

Zu unterscheiden seien causa und Ziel, das eine solche Vertragsform verfolge, Zweck der Vertragsart, der sogen. Artzweck, der nicht mit dem bloß wirtschaftlichen Zweck, dem Geschäftsziel, zu verwechseln sei, oder auch mit dem Vertragszweck, hier handele es sich um die besonderen Zwecke des einzelnen Geschäfts, nicht der ganzen Geschäftsart. Nach diesem Artzweck sei der zweite große Teil geordnet — Titel 18—22 —. Titel 16 und 17 enthalten Zufallsgeschäfte. Wegen der Änderungen, die die Parteien an diesen Typen vornehmen dürfen [45]), erwähnt Leonhard noch, daß dieselben nicht mit dem Grundgedanken des betreffenden Vertrages in Widerspruch stehen dürfen. So würde es mit dem Grundgedanken des Pachtvertrages in Widerspruch stehen, wenn der Pächter nicht nutzen dürfte. In diesem Sinne könne man auch solche Teile als wesentliche (essentialia) bezeichnen. Ein solcher Pachtvertrag ohne Nutzung sei aber nicht nichtig, sondern eventuell als Mietvertrag gültig.

Eine solche Umdeutung wird nicht selten sein, wie wir oben schon bei der Benennung der Verträge durch die Parteien erwähnt haben. Es brauchen aber dabei nicht immer gerade die Voraussetzungen eines anderen Typus' gegeben zu sein, es kann in solchem Falle auch ein unbenannter Vertrag vorliegen.

Hedemann bringt eine andere Einteilung, namentlich weicht er in der zweiten Hälfte erheblich von dieser ab.

I. Abschnitt: Schuldverhältnisse auf Überlassung von Gütern:
1. endgültige Überlassung,
2. Güterüberlassung auf Zeit,
3. Kreditgewährung.

II. Abschnitt: Mitwirkung bei der Gütererzeugung u. Gütererhaltung:
1. Arbeitsverträge,
2. Schuldverhältnisse mit zentraler Tendenz,
3. Ausgleich unrechtmäßiger und ungeklärter Rechtsfolgen.

Diese Einteilung erscheint schon auf den ersten Blick nicht so klar wie die Leonhards, trotzdem Hedemann zur wissenschaftlichen Veranschaulichung die Reihenfolge des Gesetzes verlassen wollte.

Sehr einfach und doch erschöpfend ist die von Jung vorgeschlagene Einteilung der Schuldverhältnisse [46]), die sogen. Sechsteilung.

---

[45]) vgl. S. 7.
[46]) Jh. Jahrb. 69, S. 68.

Die einzelnen Arten von Schuldverträgen werden unterschieden entweder (psych.) nach der Verschiedenheit der Willensverbindung oder (substantiell) nach den Gegenständen der Verschaffung. Verschafft wird entweder Sache, Sachnutzung oder Arbeit, entgeltlich oder unentgeltlich. Das ergibt drei bzw. sechs schuldrechtliche Grundformen, Grundgeschäfte im Gegensatz zu bloßen Leistungsgeschäften, d. s. Schuldverträge abgeleiteter Art (Vergleich, Anweisung, abstr. Schuldverpflichtungen, Bürgschaft)[47]).

Innerhalb dieser Sechsteilung sei die Abgrenzung der blossen Nutzungsverschaffung von der Sachwertverschaffung schwierig, wenn es sich nicht um bloße Gebrauchsvorteile, sondern um die Gewinnung körperlicher Früchte handele (Pacht). Dabei kennzeichne aber das Tragen der Sachgefahr den am Sachwert Zuständigen. Neben dem Tausch stelle die Vergesellschaftung eine zweite Art der Willensbildung dar. Beim Tausch sind die beiderseitigen Zwecke verschieden, bei der Gesellschaft handelt es sich um eine Gleichheit der Zwecke. Da die Gesellschaftung nur e i n e benannte Form der Willensvereinigung sei, sei es gleichgültig, ob der Gesellschafter Arbeit oder Sachwerte in die Gesellschaft einschieße. Es gebe nur keine Unterarten der Gesellschaft.

Bei dieser Betrachtung des Systems äußert Jung noch an anderer Stelle[48]), daß es an einer gründlichen Systematisierung im Privatrecht fehle, es bestehe eine weitgehende Scheu, vom Althergebrachten abzuweichen, trotzdem es inhaltlich hätte erhaltend sein können.

Rumpf bringt bei der Darstellung der wirtschaftsrechtlichen Vertrauensgeschäfte[49]) noch eine Aufstellung: heute gebe es vier große Gruppen:

1. Interessenverschmelzungen,
2. „ verknüpfungen,
3. „ berührungen,
4. „ vertretungen.

Die ersten drei stellten eine gleitende Skala dar.

Zu 3. Einfache Umsatzgeschäfte: Jeder Kontrahent sei Selbstinteressent.

Zu 4. Dienst-, Arbeits-, Geschäftsbesorg.-, Verw.-Verträge.

Zu 1. Enge Vereinigung der Interessen. Gesellschaft. Vereinigung auf „Gedeih und Verderb".

Zu 2. Geschäfte ohne Verschmelzung, die sich vorherrschend oder gänzlich unmittelbar nach den eigenen Interessen jedes einzelnen Kontrahenten abwickeln, die aber immerhin soweit auf einer Vertrauensbasis ruhen können, daß die vertrauende Partei vor dem Abschluß des Geschäfts einen Anspruch auf erhöhte Offenheit des Gegners hat.

Die Einteilung Rumpfs zeichnet sich vor allem dadurch aus, daß sie sehr große umfassende Gesichtspunkte aufstellt.

In der *Rechtsprechung* erging es dem unbenannten Vertrage wie mancher anderen rechtlichen Erscheinung, die sich nicht einigermaßen selbstverständlich aus dem Gesetze ergibt. Und doch ging gerade die Rechtsprechung diese Erscheinung, die aus der Zeit- und Verkehrs-

---

[47]) Erwähnt sei hier, daß Jung die Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften alle als Verträge auffaßt. Z. B. setze die Geschäftsführung o. Auftr. zwar keine aktuelle, doch eine potentielle Einigung voraus (Verhalten des Geschäftsführers).

[48]) Jung, Reichsger. Prax., S. 143.

[49]) Rumpf, Vertrauensgesch., S. 7.

entwicklung geboren wurde, am ersten an. Hier zeigen sich zwei Extreme, einmal die Neigung, jeden Vertrag in einen der vorhandenen Typen zu pressen [50]), ein andermal, alles, was in der Bezeichnung oder sonst irgendwie von den Typen abwich, für einen unbenannten Vertrag zu erklären oder, wie es gewöhnlich heißt, für einen contractus sui generis. Hinein spielt noch die Erscheinung des gemischten Vertrages, wodurch die Unklarheit obendrein erhöht wurde [51]). Gewiß mögen hier, wie Jung in anderem Zusammenhang erwähnt, auch die unteren Gerichte, deren Entscheidungen nicht in dem Maße wie des Reichsgerichts bekannt sind, in unserer Frage wertvolle Urteile gebracht haben. So konnte man sehr oft bei der Durchsicht der Entscheidungen des Reichsgerichts die Feststellung machen, daß die Revisionsinstanz in den meisten Fällen die Auffassung der Vorinstanz billigte, wenn es sich um einen unbenannten Vertrag handelte. Trotzdem fand — was bei der vordem noch weit verbreiteten Auffassung, das Gesetz müsse für jeden, noch so neuartigen Fall eine Regelung bereit halten, nicht weiter verwunderlich erscheint — der unbenannte Vertrag erst langsam Aufnahme. Die grundsätzliche Anerkennung des unbenannten Vertrages in der Rechtsprechung äußert sich durch die Aufstellung des anfangs erwähnten § 132 in der Registrierung der oberst-richterlichen Rechtsprechung. Diese Registrierung ermöglicht heute schon in weitem Umfange, daß die Rechtsprechung auch für die Untergerichte nutzbar gemacht wird.

Das Ergebnis der vorhergehenden Ausführungen ist kurz folgendes:

Gesetz, Rechtslehre, Rechtsprechung gewähren der freien Vertragsbildung weitgehende Möglichkeiten. Die Beantwortung dieser Frage bildet die Grundlage für die zweite Frage:

III.

Welche Vorschriften finden für die Beurteilung der unbenannten Verträge Anwendung?

In erster Linie kommt selbstverständlich für die Beurteilung eines Vertrages die Parteiabrede, soweit sie sich im Rahmen der gesetzlichen Schranken hält, in Betracht. Aber solche Parteiabreden pflegen nicht selten unklar und widerspruchsvoll zu sein, meist werden auch keine besonderen Abreden getroffen. Dann ist die Auffindung der zutreffenden Rechtsfolgen regelmäßig sehr schwierig.

Das Gesetz bestimmt in § 445 B.G.B., daß die Vorschriften der §§ 433—444 über den Kauf auf „andere Verträge, die auf Veräußerung

[50]) Daher kommt es auch, daß in den Kommentaren, die auf den Entscheidungen des Reichsgerichts aufgebaut sind, unter den Spitzen-§§ der einzelnen Typen 433 etc. eine große Zahl der verschiedensten Verträge aufgezählt werden, die hier subsumiert worden sind.

[51]) Für die Beurteilung mag es in manchen Fällen gleichgültig sein, ob man einen unbenannten oder einen gemischten Vertrag für vorliegend erachtet, je nachdem, ob man der einen oder der anderen für die Beurteilung der gem. Verträge aufgestellten Theorien — der Absorptions —, der Kombinationstheorie oder der Theorie der analogen Rechtsanwendung folgt.

oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung" finden, in § 493, daß auf solche Verträge die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache entsprechende Anwendung finden.

Für die Gesamtheit der unbenannten Verträge gelten selbstverständlich auch die allgemeinen Vorschriften der Schuldverhältnisse, insbesondere die Bestimmungen des § 320 ff. über gegenseitige Verträge. Aber sehr oft wird man auch dem Wesen eines Vertrages mit diesen allgemeinen Vorschriften nicht gerecht. Sie behandeln die Vereinbarungen der Parteien nur schlechthin als Vertrag. Ebenso wie die einzelnen Typen individuell geregelt sind, erheischt oft auch ein unbenannter Vertrag eine besondere Regelung. Und ebenso, wie oft bei den Typen die allgemeinen Bestimmungen ausgeschlossen werden müssen, gibt es Fälle, in denen auch bei unbenannten Verträgen diese allgemeinen Vorschriften keine Anwendung finden dürfen. Für deren Beurteilung weist uns das Gesetz durch die §§ 445, 493 einen Weg, den der Analogie. Für die übrigen Typen fehlt zwar eine ausdrückliche Bestimmung. Damit ist aber nicht gesagt, daß eine entsprechende Anwendung ihrer Rechtsfolgen ausgeschlossen sein sollte, sondern nur bewiesen, daß das Gesetz an andere Fälle nicht gedacht, bzw. sie nicht ausdrücklich hat regeln wollen durch entsprechende Anwendung der typischen Bestimmungen. Bei der analogen Anwendung handelt es sich um einen ausgesprochenen Grundsatz des B.G.B., dem man auch da, wo es nicht eigens gesagt ist — allerdings mit großer Vorsicht — folgen kann.

Auch in den *Materialien* des B.G.B.[52]) wird auf diesen Weg verwiesen: „Fehlt es an einer Norm, so muß Analogie Platz greifen in Ermangelung spezieller Regelung durch die Parteien." Weitere Richtlinien geben die Materialien bei der Behandlung der einzelnen, vom Gesetzgeber wohl gesehenen, aber nicht geregelten unbenannten Verträge, auf die wir unten noch zu sprechen kommen.

Weil das Gesetz — abgesehen von diesen allgemeinen Bestimmungen und Hinweisen in dieser Frage schweigt, könnte vielleicht ein Blick in die Geschichte weitere Anhaltspunkte ergeben. Das geschieht nicht, um unserer Frage „durch Zurückführung auf römische Denkweise die richtige Weihe, einen ‚romanistischen Hauch' zu geben"[53]), sondern um zu sehen, wie sich frühere Rechte mit solchen oder ähnlichen Neuerscheinungen abgefunden haben, welche geschichtliche Entwicklung die Frage des unbenannten Vertrages genommen hat. Da der unbenannte Vertrag mit den gemischten die Neuheit der Erscheinung, die Abweichung von den Typen gemein hat, kann hier allgemein auf die Ausführungen Schreibers[54]) in dieser Frage verwiesen werden. Schreiber bezeichnet bei dieser Gelegenheit die Frage des gemischten Vertrages als ein Gesetzesproblem, nicht als ein Rechtsproblem, weil sie sich bei der Eigenart eines jeden Gesetzes besonders darstellt. Das Gleiche gilt vom unbenannten Vertrage.

Das deutsche Recht kann uns in dieser Frage keine Auskunft geben, weil es keine Typen im heutigen Sinne, infolgedessen auch nicht die Bedeutung von Abweichungen kannte. Die eigentliche Typenbildung trat erst in der Ära des B.G.B. wieder hervor.

Das römische Recht hatte eine ähnliche Erscheinung, die sogen. *Innominat(real)kontrakte*, an die man bei unserem Problem im ersten Augenblick hätte denken können. Hier handelt es sich aber um etwas

[52]) Motive II, S. 2.
[53]) Schmölder, Billigkeit, S. 93.
[54]) Schreiber, a. a. O., S. 119.

wesentlich anderes. Das mag erklärt werden durch eine kurze Darstellung des römischen Systems. Das römische Schuldrecht wurde begrenzt durch das Kontraktsystem. Nicht jeder Schuldgrund war bedeutsam. „Das Wesen der Kontrakte bestimmte sich an erster Stelle nach der Tatsache, welche den Schuldvertrag klagbar machte“ [55]). Kontrakt war für die Römer nur „der kraft Zivilrechts klagbare obligatorische Schuldvertrag“. Es handelte sich also in erster Linie um die Klagbarkeit des Kontraktes. Bei einer der nach dem Grunde der Klagbarkeit unterschiedenen Kontraktgruppen, den Realkontrakten, bildete die Vermögenshingabe, res, den Klaggrund. Zu diesen sogen. benannten Realkontrakten gesellten sich später die unbenannten. Geklagt wurde bei ihnen „nicht auf Grund des Konsenses als solchen, sondern auf Grund der Tatsache, daß zu dem Konsens eine Vermögenshingabe, eine Leistung (res) hinzugetreten war.“ Innominat-(real)kontrakte hießen sie deshalb, weil sie wegen der Mannigfaltigkeit von Leistung und Gegenleistung, die möglich war, keinen bestimmten Namen führten. Auch innerlich unterschieden sich Realkontrakte und Innominatkontrakte sehr. Die verschiedenen Arten von Leistung und Gegenleistung kommen in den bekannten Formeln: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias zum Ausdruck. Die Gegenleistung wurde mit der actio praescriptis verbis eingeklagt, die überhaupt zur Ergänzung der Kontraktsklagen diente. So wies der Innominatkontrakt eine ganz andere Struktur auf.

Bei den Innominatkontrakten handelte es sich um die Frage der Klagbarkeit, heute dagegen steht für die unbenannten Verträge die Klagbarkeit fest. Heute ist die Frage materieller Natur, früher formeller, prozessualer Natur. Man spricht heute von „Innominatkontrakten im modernen Sinne“ [56]). Der Trödelvertrag, der heute noch als der Vertreter der unbenannten Verträge gilt, war ebenfalls in Rom ein Innominatkontrakt (contractus aestimatorius).

Im vergangenen Jahrhundert kam der erste Hinweis, daß es auch Verträge gebe, die aus neuen Verhältnissen entständen und besonders geregelt werden müßten, durch Puchta [57]). Seit diesem Hinweise kam die Behandlung der Frage nach außertypischen Vertragsverhältnissen erst allmählich in der Wissenschaft auf.

Die Rechtslehre beschränkt sich hinsichtlich der Vorschläge für die Beurteilung der unbenannten Verträge im großen und ganzen auch nur auf die allgemeinen Bestimmungen der Schuldverhältnisse und die Analogie. Einzelne unbenannte Verträge sind bisher kaum behandelt [58]), abgesehen von den häufigsten Fällen, den „verkehrstypischen“. So empfiehlt Planck [59]) „entsprechende Anwendung, soweit die Voraussetzungen der Analogie gegeben sind, sonst Lückenausfüllung durch den Richter.“

Ähnlich Örtmann [60]): „Ob Sonderbestimmungen anzuwenden sind, ist je nach der erweislichen oder zu unterstellenden Parteiabsicht festzustellen, sowie nach Grundsätzen der Analogie.“ Er weist auch auf die oben erwähnten §§ 445, 493 hin, als Richtlinie des Gesetzes für solche Verträge. Fischer-Henle [61]): „Soweit nicht eine entsprechende An-

[55]) Sohm, Institutionen, S. 388.
[56]) Crome II, S. 25.
[57]) der Darstellung Schreibers entnommen, vgl. S. 49.
[58]) Jung, Jh. Jahrbuch, B. 69, S. 68 ff.
[59]) Planck II, 2, 7. Abschnitt 3.
[60]) Örtmann, § 433, Vorbem.
[61]) Fischer, H., § 305, 7.

wendung der besonderen Bestimmungen über einen verwandten Vertrag geboten ist, lediglich allgemeine Bestimmungen." So auch andere [62]).

Meerscheidt-Hüllessem bemerkt in einer Besprechung über gemischte Verträge und Verträge eigener Art [63]), daß diese Verträge kein Problem mehr bedeuten, wenn man die Ansicht aufgebe, daß für jedes rechtliche Geschehen eine fertige Schablone da sein müsse. Man müsse sie den Vertragsformen anpassen, ohne sie zu pressen. Das B.G.B. biete nur Anhaltspunkte zum Finden der Rechtsfolgen. Fehlendes müsse nach der Natur des Vertrages ergänzt werden. Wenn Ähnlichkeit mit einem Typus vorhanden sei, dann biete der verwandte Typus zwar Anhaltspunkte, doch müsse immer die Eigenart des vorliegenden Vertrages beobachtet werden, mit welcher allgemeinen Aufstellung freilich die Schwierigkeit im einzelnen in keiner Weise gelöst, sondern nur gerade ins Auge gefaßt wird. Mit ähnlichen Worten äußert sich Oskar Bülow [64]). Die Typen des Gesetzes dürfen für den unbenannten Vertrag nicht zum „Prokrustesbett" werden, so daß beim Anpassen an einen Typus wesentliche Teile des Vertrages kurzerhand abgeschnitten würden. Maßgebend kann auch nicht die Bezeichnung sein, sondern nur der Inhalt des Vertrages und der daraus resultierende Wille der Parteien [65]). Ebensowenig ist viel geholfen durch die Bezeichnung, die man dem Inhalte des Vertrages entnimmt. Deshalb ist es irreführend, zumindest ungenau, wenn Löwenwarter [66]) formuliert: „Gelingt die Bezeichnung nicht, dann kann nach der Vertragsfreiheit ein sogenannter unbenannter Vertrag vorliegen", und anschließend daran eine Reihe von Verträgen aus Reichsgerichtsentscheidungen mit besonderen Bezeichnungen anführt.

Die Frage nach den Rechtsfolgen, die Beurteilung des unbenannten Vertrages unter weitgehendster Berücksichtigung seiner Eigenart erfordert naturgemäß von dem Richter viel Sorgfalt und Verständnis, vor allem aber auch einen Rahmen, der die unter diesen Gesichtspunkten von dem Richter vorzunehmende Tätigkeit und das daraus hervorgehende Urteil gesetzmäßig macht. Einen solchen Rahmen bilden die §§ 157, 242 B.G.B.[65]).

Auf diese viel umstrittenen Bestimmungen stützt sich im wesentlichen die sogen. rechtsergänzende Tätigkeit des Richters. Wie weit diese Tätigkeit gehen darf, darüber herrscht großer Streit, auf den wir hier nicht weiter eingehen wollen. Der Richter wird sich nach Möglichkeit an die Typen des Gesetzes und die allgemeinen Vorschriften halten. Aber „das Gesetz der logischen Sparsamkeit (Ihering), daß das neue Resultat immer bis zur äußersten Möglichkeit mit der alten Formel zu decken versucht wird" [67]), wird ihn nur so lange leiten dürfen, als der vorliegende Vertrag es auch zuläßt. Für die vertragschließende Partei besteht ja dieses „Gesetz" nicht, ihr steht es wegen der Vertragsfreiheit gleich, welche Vereinbarungen ihr zur Regelung ihrer Verhältnisse, zur Wahrnehmung ihrer Interessen im Einzelfall am geeignetsten erscheinen [68]).

---

[62]) Soergel, Komm. I, 2, § 241, 3, Ennecc. I, 2, § 322, Crome II, S. 25.
[63]) v. Meersch., H., D.J.Z. 10, S. 854, Jung, Rechtsr.-Rechtsg., S. 67.
[64]) Recht X, S. 779.
[65]) vgl. Ennecc. I, 2, § 322, Heck, S. 244.
[66]) a. a. O., S. 176.
[67]) vgl. Jung, Log. Geschl., S. 135, Natürl. Recht, S. 2.
Krückmann spricht hier von „Gesetzesökonomie", vgl. unten S. 26.
[68]) anders Endemann, vgl. oben S. 8.

Nichtsdestoweniger muß der Richter aber ein Urteil fällen, wenn die streitenden Parteien an ihn herantreten. Dabei wird ihn dann oft genug das „positive Recht" im Stiche lassen. Die Frage nach der Gesetzmäßigkeit dieses Einzelerkenntnisses führt uns mitten hinein in das Gebiet der Rechtsquellenlehre, in den Streit um die „Allgesetzlichkeit", die „logische Geschlossenheit" des Rechts, um das Freirecht. Ein tieferes Eindringen in dieses strittige Gebiet würde indes über den Rahmen unserer Ausführungen hinausgehen.

Soviel kann man heute sagen, daß die Lehre von der „Allgesetzlichkeit" unter Zugrundelegung unseres Gesetzes heute nicht mehr berechtigt ist[69]), bestimmt nicht in unserer Frage. Das Gesetz hat ja nicht alle Verträge ausdrücklich regeln wollen, manche, die in ihrer ganzen Entwicklung noch im Flusse waren, hat es absichtlich nicht unter die Typen gereiht. Eine Lückenlosigkeit hier künstlich zu konstruieren, würde eine Verkennung des Prinzips der Vertragsfreiheit, eine Verkennung des ununterbrochenen fortschreitenden Verkehrs bedeuten.

Wenn Jung bemerkt[70]), daß es schon früher, als die Lehre von der logischen Geschlossenheit des Rechts noch herrschte, zahlreiche Fälle gab, in denen Zweckmäßigkeitserwägungen, Natur der Sache, Bedürfnis des Verkehrs „maßgebend für die Beurteilung und sehr viele Richtersprüche nicht logische Folge aus dem überlieferten Rechtssatz waren, als welche sie alle gelten", so dürfte eine solche Beurteilung erst recht bei der Neuerscheinung des unbenannten Vertrages erlaubt sein.

Wie nirgendwo ist hier das Einzelurteil als Ergebnis einer erlaubten richterlichen Rechtschöpfung berufen und geeignet, eine Brücke zu den Typen des Gesetzes zu schlagen. Daher kommt auch, wie schon mehrmals erwähnt wurde, der Rechtsprechung namentlich der oberstrichterlichen in dieser Frage eine ganz besondere Bedeutung zu.

Neue Gedanken zum Recht finden sich seit 1900 vorwiegend in der Praxis[71]). Selbst an kleineren Gerichten wird sich fast unmerklich eine gewisse Stetigkeit und Übung in der Beurteilung neuer, öfter wiederkehrender, vielleicht bodenständiger Rechtsverhältnisse ergeben, ohne daß man sich zu allzu freier Rechtsfindung hinreißen ließe. Nicht zuletzt dadurch würde der Richter durch die Anerkennung in seinem Urteil dazu beitragen, daß bestimmte Typen nach und nach verkehrsmäßig würden. Und von der Verkehrsmäßigkeit einer Type geht der nächste Schritt zum Spezialgesetz, mindestens aber zu einer anderen weniger ausdrücklichen Regelung.

Wegen der Bedeutung des sogen. Spruchrechts sei noch folgendes angeführt.

Hedemann[72]) schreibt in seiner zivilist. Rundschau, die schon einmal erwähnt wurde, daß auf die Behandlung des Problems der Gesetzesauslegung von der Seite des „ungeschriebenen Rechts" in Zukunft mehr Wert gelegt werden müsse.

Dazu bemerkt Kihs[73]), daß in der Tat die richtige und den realen Erscheinungen in der Rechtsentwicklung besser entsprechende neue Be-

---

[69]) vgl. in dieser Frage Jung, „Pos. Recht", S. 509: „Das Dogma von der Lückenlosigkeit" oder „logischen Geschlossenheit" des Rechts, der Quellenmäßigkeit aller Entscheidungen ist erledigt". Vgl. auch Jung, Reichsger. Prax., S. 172/3.

[70]) Jung, Pos. Recht, S. 480.

[71]) Jung, Reichsger. Prax., S. 173.

[72]) Hedemann, a. a. O., S. 34/115.

[73]) Géza Kihs, a. a. O.,

trachtung in der Anerkennung einer rechtschöpfenden Judikatur liege, indem es juristisch festgesetzt werde, daß eine lebensfähige Gesetzesanwendung das vorhandene geschriebene Recht mit einem ungeschriebenen stets ergänze [74]).

Seitdem Oskar Bülow als erster von der Berufung des Richters zur Rechtschöpfung in seinem Werke „Gesetz und Richteramt" gesprochen hat, hat man bis heute diesem Gedanken die größte Aufmerksamkeit geschenkt.

Jung spricht von dieser Tätigkeit des Richters als von einer „induktiven Rechtsgewinnung" [75]).

Mit dieser Auffassung der Tätigkeit der Gerichte würde der Beurteilung des unbenannten Vertrages in besonderem Maße gedient sein.

Andererseits würde es leicht ins Gegenteil verschlagen, wenn man in ein anderes Extrem, die der „Allgesetzlichkeit" entgegengesetzte Freirechtsbewegung verfallen wollte, den Richter ganz aus der Gebundenheit durch das Gesetz zu entlassen, die Bedeutung des Gesetzes hinter die der Tätigkeit des Richters zu stellen. Dadurch würde besonders die Beurteilung der nicht geregelten Verträge der Willkür preisgegeben, so daß sich die Nachteile der freien Rechtsfindung in unserer Frage besonders fühlbar auswirken würden. In dieser Richtung bewegt sich auch eine Überspannung der Billigkeit und eine ihrer Begleiterscheinungen, die unberechtigte Herabsetzung der Bedeutung der Vertragstypen. Schmölder[76]) bemerkt, unmittelbare Rechtsbeziehungen müßten der Billigkeit unterworfen sein und bleiben. Das Gesetz könne nur Ausnahme sein, z. B. § 433 ff. Das Recht der Schuldverhältnisse sei nur amtliches Weistum. Damit würde man jedoch der Stellung der Typen, die doch gewissermaßen feste Inseln im Flusse des Verkehrs- und Vertragslebens sein sollen, nicht gerecht werden.

IV.

Reichel bemerkt in der Einleitung zur „Schuldmitübernahme" [77]) daß man sich in der Frage des unbenannten Vertrages meist auf das Negative (jedenfalls die Verneinung der Ausschließlichkeit der Typen) beschränkt habe, die Herausarbeitung eines positiven Prinzips sei unterblieben. Dieser Vorwurf ist heute ebensowenig mehr berechtigt wie der, der unbenannte Vertrag würde nicht genügend anerkannt.

Es gibt bereits eine ganze Reihe von solchen Verträgen, die teils schon früher bekannt, ins B.G.B. aus verschiedenen Gründen nicht aufgenommen und so zu unbenannten Verträgen wurden, und die sich dann noch weiter entwickelt haben, teils gesetzlich, wie der Versicherungsvertrag, andere, die durch die Rechtsprechung bekannt geworden sind.

Man kann nun die unbenannten Verträge nicht so gruppieren, wie Höniger die gemischten Verträge auf Grundformen gebracht und beurteilt hat, man kann sie lediglich einteilen in die bekannten „verkehrstypischen" und in die den Entscheidungen zugrunde liegenden.

---

[74]) vgl. dazu Max Rümelin, Schweiz. Gesb. 2, S. 27.
[75]) Jung, Reichsger. Prax., S. 174.
[76]) Schmölder, Billigkeit, S. 40.
[77]) Reichel, Schuldmitübernahme, S. VII.

Für einen besonders „typischen" unbenannten wird der sogenannte Trödelvertrag gehalten, der als contractus aestimatorius zugleich auch als der Vertreter der römischen Innominatkontrakte gilt. Die Bezeichnung ist aber nicht nur unschön, sondern heute auch unzutreffend. Die Bedeutung des Wortes hat sich gewandelt. Besser ist die Bezeichnung „Vertriebsvertrag"[78]). Im praktischen Leben wird niemand von einem Trödelvertrag sprechen, und doch kommt er tagtäglich in allen möglichen Arten und Abarten vor, sondern meistens von „Waren vertreiben". Damit ist die Tätigkeit des sogen. Trödlers am besten und zutreffendsten gekennzeichnet.

Gewöhnlich handelt es sich um folgenden Tatbestand: Jemand (etwa ein Fabrikant oder Grossist) vertraut einem anderen Waren zum bestimmten Stückpreise an, die dieser verkaufen soll zu einem höheren Preise. Die verkauften Gegenstände erhält der Lieferant bezahlt, die übrigen erhält er zurück. Der Lieferant kann dem Vertreiber nun eine bestimmte Zeit festsetzen, innerhalb deren die Gegenstände verkauft oder zurückgegeben sein müssen. Er kann dem einzelnen Vertreiber einen bestimmten Bezirk zuweisen, um eine Konkurrenz mit eigenen Waren zu vermeiden, er kann einen bestimmten (Einheits)preis festsetzen für den Verkauf der einzelnen Gegenstände, um sie vielleicht volkstümlich zu machen. Er kann eine gewisse Rührigkeit verlangen usw. So und anders geartete Fälle beschäftigen häufig die Gerichte. Meistens pflegt sich dabei der Lieferant beim Abschluß dieses Vertriebsvertrages, wobei er dem Vertreiber gewöhnlich großes Vertrauen einräumt, dadurch zu sichern, daß er bestimmte Vertragsformulare unterschreiben läßt. Aber auch diese Formulare gewähren oft der richterlichen Auslegung viel Spielraum. Bei den Vertreibern — im Volksmunde gewöhnlich Hausierer (von Haus zu Haus Gehende) genannt — pflegt es sich gewöhnlich um mittellose Leute zu handeln.

Bezüglich der Rechtsverhältnisse zwischen Lieferant und Vertreiber ist zu sagen, daß das Eigentum an den übergebenen Gegenständen regelmäßig bis zum Verkaufe beim Lieferanten bleibt und erst bei der Erfüllung des durch den Vertreiber geschlossenen Verkaufs — gewöhnlich Handkauf — auf den Erwerber übergeht. Das ist oft sehr wichtig bei Pfändung der im Besitz des Vertreibers befindlichen Waren usw. Wegen der nicht verkauften Waren hat der Lieferant aus dem Vertriebsvertrage einen Anspruch auf Rückgabe, ebenso aus der Geltendmachung seines Eigentumsrechtes. Interessant ist die Frage, wann der Lieferant die Waren zurückverlangen kann, wenn nichts vereinbart ist. Auf Grund seines Eigentumsrechtes jederzeit, doch könnte der Vertreiber aus dem Vertrage ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn er noch keine Gelegenheit gehabt hat „seine Tour zu machen", wenn der Lieferant ohne Grund die Waren ungewöhnlich früh zurückfordert. Ferner, es handelt sich hier um ein Geschäft, das auf der Grundlage des Vertrauens, namentlich des Lieferanten in die Redlichkeit des Vertreibers, geschlossen ist. Könnte daher der Lieferant ohne weiteres seine Waren zurückverlangen, wenn sich die Verhältnisse, die beim Abschluß des Vertrages maßgebend waren, wesentlich geändert haben?

---

[78]) Hedemann, Schuldrecht, S. 14.

So bietet der Vertriebsvertrag eine ganze Menge von Fragen, die nicht immer glücklich durch die analoge Anwendung eines ähnlichen Typus, besonders des Auftrages, gelöst werden. Einen bedingten Kauf anzunehmen, ist nicht ganz zutreffend. Namentlich ist damit oft den Interessen des Vertreibers nicht gedient. In manchen Fällen läßt sich vielleicht die Verwandtschaft mit einem der Typen begründen.

In manchen Geschäftsbranchen hat der Vertriebsvertrag eine ganz spezielle Regelung erfahren, so kennen wir im Buchhandel den Sortimentervertrag oder buchhändl. Kommissionsvertrag [79]). Wenn in anderen Geschäftszweigen von „Kommission" die Rede ist, liegt sehr oft schon ein bedingter Kauf vor, so bei der Einrichtung neuer Geschäfte. Das eigentliche Gebiet des Vertriebsvertrages ist der „Handel im Umherziehen".

Ins Gesetz ist der Vertriebsvertrag nicht aufgenommen worden. Das wird damit begründet [80]), daß der „Trödelvertrag" zu verschiedenartig auftreten könne, andererseits aber auch nicht in die Entwicklung dieses Vertrages in der Praxis störend eingegriffen werden sollte. Die Gründe sind heute nicht mehr in dem Maße berechtigt. Hier kann sich die Vertragsfreiheit bei den heutigen Verhältnissen sehr verschieden auswirken, nicht selten zum Nachteile des wirtschaftlich Schwachen. Man bedenke nur, daß der Beschäftigungslose und Beschäftigungsuchende sich bei dem Verlangen nach Arbeit und Verdienst oft ohne Überlegung beim Abschlusse des Vertrages jeder, noch so harten Bedingung unterwirft, und seine Verpflichtungen aus einem solchen Vertrage, der bei juristischer Beleuchtung nicht selten gegen die guten Sitten verstößt, treu und redlich erfüllt im Glauben, durch das unterschriebene „Formular" dazu verpflichtet zu sein. Eine positive Regelung würde das in den meisten Fällen verhindern. Nicht minder wird in manchen Fällen der Lieferant durch gewissenlose Elemente, die sich vielleicht schon auf allen möglichen Gebieten „versucht" haben, geschädigt. Heute kann man den Vertriebsvertrag in seiner ganzen Erscheinung so weit überschauen, daß eine gesetzliche Regelung möglich ist. Zum Vergleiche sei hier an das Abzahlungsgeschäft erinnert, das 1894 durch ein wenig gekanntes Gesetz geregelt wurde, im Bürgerlichen Gesetzbuch nur kurz in § 455 erwähnt wird, trotzdem es heute wohl eine der häufigsten Erscheinungen im Geschäftsleben darstellt, dafür aber auch die „dunkelsten Blüten" treibt.

Der *Garantievertrag* wurde ebenfalls nicht als besonderer Vertrag ins B.G.B. aufgenommen [81]). Der Gedanke des Garantievertrages, daß jemand für einen „bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg einstehen" will [82]), kommt in der Bürgschaft und im Kreditauftrag zum Ausdruck, desgleichen im Versicherungsvertrage, der durch ein besonderes Gesetz geregelt ist. Das constitutum debiti alieni ist nicht einmal im Entwurf mehr erwähnt. Der Grund dafür, daß der Garantievertrag nicht mehr als besonderer Vertrag aufgenommen worden ist, liegt ebenfalls darin, daß die Vereinbarungen, durch die sich jemand zur Garantieleistung verpflichten kann, zu mannigfaltig sind [83]). Dieser Grund besteht auch heute noch fort, trotzdem für manche Abmachungen be-

---

79) Örtmann, a. a. O.
80) Motive II, S. 321 — Mugdan, Mat., S. 289.
81) Motive II, S. 2 — Mugdan, Materialien, S. 767.
82) R.G. 90/416.
83) vgl. R.G. 103/77, 101/297, 90/418, 82/339.

stimmte Anhaltspunkte zu begrüßen wären. Windscheidt[84]) erwähnt den Garantievertrag als einen Vertrag, wodurch jemandem gegenüber die Garantie übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen würde. Das Geschäftsleben von heute kennt eine ganze Menge von Garantieerklärungen auf allen möglichen Gebieten. Nicht selten sind es Erklärungen, die unverkennbar nicht ernstlich gemeint sind.

Auch der *Schiedsvertrag* ist im Entwurf übergangen. Der Gedanke, daß Parteien sich verpflichten können, einen zwischen ihnen entstehenden oder schwebenden Rechtsstreit durch einen Dritten entscheiden zu lassen, kommt in der Z.P.O. in den Bestimmungen über das schiedsrichterliche Verfahren (§ 1025—1048) zum Ausdruck[85]). Nach § 1025 hat die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen. Wann ein Vergleich geschlossen werden darf, ergibt sich aus dem materiellen Recht. Die Berechtigung entfällt nur dann, wenn der Vertrag nichtig ist oder gegen die guten Sitten verstößt. In manchen Berufsgruppen findet sich das Schiedswesen sehr stark ausgeprägt. Vom Schiedsvertrag wohl zu unterscheiden ist der sogen. Schiedsrichtervertrag, d. i. der Vertrag, durch den die Parteien einen Dritten verpflichten, gegebenen Falles einen Schiedsspruch zu fällen[86]).

Der *Submissions- oder Vergebungsvertrag* ist ebenfalls nicht ins B.G.B. aufgenommen worden. Und doch tritt dieser Vertrag sehr häufig auf. Z. B. eine Stadt vergibt im Wege der Submission Arbeiten. Oft läßt sich auch dieser Vertrag unter einen der Typen, z. B. Werk- oder Werklieferungsvertrag, unterbringen oder wenigstens analog nach diesen Vorschriften bestimmen. Oft liegen auch feste Bedingungen vor, besonders bei Unternehmen, in denen dieser Vertrag häufig ist.

Den Ausbau anderer Vertragsverhältnisse hat das B.G.B. dem Landesrecht überlassen, besonders solcher, die nur in bestimmten Gegenden üblich sind, und daher keiner reichsrechtlichen Regelung bedürfen.

So war die *Viehverstellung* zunächst im Entwurf (590—597) erwähnt. Es handelt sich dabei um eine Reihe von Verträgen, nach welchen Vieh stückweise oder herdenweise zur Unterbringung, Nutzung, Wartung abgegeben wird[87]). Bei den Beratungen war ein Antrag gestellt worden, die Landesgesetze, die die Viehverstellung regeln, unberührt zu lassen, ein einschränkender Antrag auf Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Landesgesetze. Das wurde abgelehnt mit der Begründung, daß die Viehverstellung nur in einzelnen Gegenden Deutschlands vorkomme. Irgendwelche Mißstände, z. B. Ausbeutung kleiner Bauern, seien durch die Wucherbestimmung des B.G.B. einzuschränken. Die Bekämpfung von Mißständen sei auch polizeilich möglich. Außerdem sei der Begriff schwierig abzugrenzen.

Heute werden gewöhnlich verwandte Typen, Verwahrungsvertrag, Auftrag, Dienstvertrag zur Beurteilung herangezogen. Oft handelt es sich bei der Viehverstellung auch um einen gemischten Vertrag.

---

[84]) § 412, 2.
[85]) vgl. Mugdan, Materialien, S. 767.
[86]) vgl. unten S. 32.
[87]) vgl. Mugdan, Mater., S. 240, 247.

Ein unbenannter Vertrag des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse ist die kumulative Schuldübernahme, die Reichel ausführlich behandelt hat, ferner gewissermaßen auch der Aufrechnungsvertrag neben dem einseitigen Rechtsgeschäft der Aufrechnung des B.G.B.

Staub erwähnt noch einen „Schweigevertrag“ [88]), Krückmann einen „Unterlassungsvertrag“ [89]), Heck einen „Abänderungsvertrag“ [90]).

Die arbeitsrechtlichen Verträge sind speziell geregelt. Der Tarifvertrag ist in seinem schuldrechtlichen Teil als unbenannter Vertrag anzusehen [91]).

Hierher gehört auch der Elektrizitätslieferungsvertrag.

Der Verlagsvertrag ist durch Spezialgesetz geregelt worden.

Schließlich kann man zu den unbenannten Verträgen auch die große Zahl der Vorverträge rechnen, ohne auf den Streit um ihre rechtliche Konstruktion einzugehen. Meist sind sie schon gekennzeichnet durch den Vertrag, dessen Abschluß durch sie gesichert werden soll. Leonhard nennt sie zutreffend Abschließverträge [91]).

Ähnliche Erscheinungen sind die sogen. „Mantelschuldverträge“ [92]), durch die einzelne Verträge gedeckt werden sollen.

Jung [93]) erwähnt noch einen Vertrag, der die unentgeltliche Überlassung des Jagdrechts zum Gegenstand hat. Hier liegt weder Schenkung noch Pacht, noch Leihe vor, vielmehr ein regelrechter unbenannter Vertrag. Er bietet manche Zweifelsfragen, wenn er, wie es meist geschieht, ohne weitere Vereinbarungen geschlossen wird, z. B. welche Sorgfalt der Ausübende bei der Ausübung des Jagdrechts anzuwenden habe. Regelmäßig werden hier die ausgebildeten Gepflogenheiten der Jäger einen Maßstab bieten. In manchen Fällen werden Jagdvorschriften zu Rate gezogen werden können, denen ja auch der Jagdgast untersteht. Inwieweit würde der Jagdherr für schuldhafte Schäden, die der Wildbestand — abgesehen vom regelrechten Abschuß — durch den Ausübenden erleiden würde, Ersatz verlangen können? Bei der Beurteilung dieser Frage würde man die allgemeinen Bestimmungen heranziehen müssen. Inwieweit könnte andererseits der Ausübende Ersatz verlangen für Schäden, die er durch das Wild erleidet? Dabei würde die Unentgeltlichkeit wieder zu berücksichtigen sein.

V.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Von den Entscheidungen sei zunächst Bd. 65/18, der sogen. Taunusfall erwähnt, ein Fall übrigens, der sich seit 1907 schon oft wiederholt haben mag. Durch diese Entscheidung wurde man vielfach erst auf den unbenannten Vertrag aufmerksam. Auch im Streit um die Gefälligkeitsverträge spielt sie eine Rolle. (Im folgenden werden die Parteien nach ihrer Stellung in der I. Instanz als Kläger bzw. Beklagte bezeichnet, um

[88]) Staub., Komm. H.G.B., Anm. 17 zu § 346.
[89]) Krückmann, Institutionen, S. 317.
[90]) Heck, Schuldr., § 58, 1, 8.
[91]) Leonhard, Schuldr., S. 290.
[92]) Kisch, Recht 1923, S. 6.
[93]) Jung, Tierhalterh. in Vertr., S. 56.

Verwechslungen bei der Erwähnung der weiteren Instanzen zu vermeiden.)

Der Entscheidung ist die uns hier interessierende Frage vorangestellt: Unter welchen Voraussetzungen stellt sich eine tatsächliche Gewährung, wie die Einräumung eines Platzes auf einem Wagen zum Mitfahren, als Gegenstand eines (unbenannten) obligatorischen Vertrages dar:

Der wesentliche Sachverhalt:

Die beklagte Autofirma hatte eines ihrer Autos an einer vom Frankfurter Automobilklub veranstalteten Zuverlässigkeitsfahrt zum Feldberg im Taunus teilnehmen lassen. Dem Kläger war von einem gesetzlichen Vertreter der Firma gestattet worden, die Fahrt mitzumachen, für den Fall, daß sie von ihrem Automobil ausgeführt würde. Die Fahrt fand statt. Dabei verunglückte der Kläger bei einem Autounfall, den der Führer des Wagens verschuldete. Der Kläger verlangte Schadensersatz von der Firma.

Das Berufungsgericht betrachtete den von ihm unterstellten Vertrag zwischen der Firma und dem Kläger entweder als einen „Vertrag eigener Art" oder aber als Auftrag. Als die von der Beklagten übernommene Leistung bezeichnet es die Ausführung der Fahrt, den Transport des Klägers.

Das Reichsgericht nimmt dagegen keinen Auftrag an, insofern ist ihm zunächst beizupflichten. Keinesfalls habe sich die Beklagte verpflichtet, den Kläger auf den Feldberg zu transportieren oder ihm auch nur das Vergnügen einer größeren Autofahrt zu verschaffen. In der bloßen Gestattung des Mitfahrens sieht es überhaupt noch nicht den Abschluß eines obligatorischen Vertrages, sondern nur einen tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung. Anders wäre die Sache, wenn das Mitfahren des Klägers verabredet wäre im Zusammenhange mit Vorbesprechungen über den möglichen Ankauf eines Automobils. Dann würde ein bestimmter rechtlicher Zweck und ein rechtliches Interesse vorgelegen haben. In solchem Falle sei dieser Vorgang etwa als ein vorbereitender Vertrag anzusehen.

Richtiger Ansicht liegt hier aber ein unbenannter Vertrag vor. Zunächst handelt es sich nicht nur um einen bloß tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung, auch wenn man annimmt, daß ihm n u r Gefälligkeit zugrunde gelegen hätte. Aber auch das Letztere ist kaum anzunehmen. Die Firma bewog der Gedanke, daß der Kläger bei der Fahrt an ihren Autos Gefallen finden würde. Deswegen braucht die Beklagte diesen Gedanken nicht ausdrücklich geäußert zu haben. Es handelte sich bei dieser Fahrt ja auch um eine Zuverlässigkeitsfahrt. Sie war als Werbe- und Tauglichkeitsfahrt gedacht und so geeignet und auch bestimmt, den Interessenten die Leistungsfähigkeit des Wagens zu zeigen. (Schon deswegen hat die Beklagte keine volle Berechtigung, sich, wie es weiterhin geschieht, bezüglich des Grades der Haftung auf die Unentgeltlichkeit der Fahrt, die von ihr dadurch erwiesene Gefälligkeit zu berufen.) Heute fällt uns die Beurteilung solcher Fälle leichter und erscheint umso selbstverständlicher, als solche Fahrten an der Tagesordnung sind und niemand daran denken würde, sie als Gefälligkeit gegenüber einem Kunden oder wenigstens wahrscheinlichen Kunden anzusehen. Heute rechnet die Fahrt schon mit zu den Vertragsverhandlungen [94]).

In unserem Falle lag nun keine Schenkung vor, auch nicht Leihe (des Platzes), auch kein Auftrag. Richtunggebend kann nur folgende Erwägung sein: Wäre die Fahrt über den Taunus gegen Entgelt erfolgt, wie heute

[94]) vgl. die Lehre von der culpa in contrahendo.

solche Fahrten gang und gäbe sind, würde man ohne Zweifel einen Werkvertrag annehmen. An Stelle der Entgeltlichkeit tritt hier die Unentgeltlichkeit, also läge ein unentgeltlicher Werkvertrag, ein unbenannter Vertrag vor. Trotz des Vertragscharakters hätte die Beklagte hinsichtlich ihrer Verpflichtungen Einschränkungen machen können. Das hat Jung für den vorliegenden Fall schon früher ausgeführt [95]). Hier würde man manche Vereinbarung des täglichen Lebens, bei denen so oft von Gefälligkeit gesprochen wird, unterbringen können, die weder von der Leihe, noch von der Schenkung, noch vom Auftrag oder der Verwahrung erfaßt werden. Es sei denn, daß man „rein werkmäßige, technische Beschäftigungen, die nur Hemmnisse der Außenwelt zu überwinden haben" [95]), als Geschäftsbesorgung ansehen wollte.

Was nun das Maß der Haftung angeht, so bestimmt das Gesetz nicht allgemein, daß bei „Nichtentgeltlichkeit" eine mildere Haftung als gewöhnlich eintrete, nur ausdrücklich bei der Schenkung (§ 521), der Leihe (§ 599), der Verwahrung (§ 690), nicht dagegen beim Auftrag (aber das hat einen anderen Grund). Man könnte schließlich aus dieser Regelung einen Grundsatz des Gesetzes entnehmen, daß bei Unentgeltlichkeit milder gehaftet wird. Der Einzelfall wird meistens ergeben, wie weit man diese milde Haftung analog anwenden darf.

Eine weitere Verfeinerung des Verschuldensprinzips, von der Hedemann [96]) spricht, der weitere Ausbau der „Idee der Proportionalität zwischen Schuld und Leistung", wird sich auch in dieser Frage auswirken. Ganz allgemein kann man bei solchen Vertragsverhältnissen von beiden Seiten möglichste „Pflichterfüllung" verlangen. Gerade bei dieser Art von Verträgen tut sich für Billigkeit, Auslegung, Ermessen des Richters ein großes Betätigungsfeld auf.

Auch Blume [97]) widmet dem „Taunusfall" längere Ausführungen. Zunächst bewirke eine solche Vereinbarung, daß die Gegenpartei keine verbotene Eigenmacht übe, wenn sie von der Gestattung Gebrauch mache. Die Erteilung einer solchen Erlaubnis sei eine Willenserklärung und, da beiderseitiges Einverständnis vorliege, handele es sich um einen Vertrag. Aber aus diesem Vertrage folge keine eigentliche Verpflichtung des Gestatters, besser wohl nur die Befugnis, die Gestattung jederzeit zurückzunehmen. Es sei eben ein reiner Gefälligkeitsvertrag, d. h. ein Vertrag, durch den man eine Leistung auf sich nehme, ohne sich zu verpflichten. Er wirke nur zugunsten des Empfängers der Erlaubnis, um dessen Handeln rechtmäßig zu machen, zugleich liege darin ein rechtlicher Grund, damit nicht wegen seines Fehlens ungerechtfertigte Bereicherung vorliege. Der Empfänger sei verpflichtet, auf das Interesse des Gestatters Rücksicht zu nehmen (also keine unbillige Leistungen zu verlangen). Ob für den Empfänger ein Recht aus dieser Rechtslage hervorgehe, das man als Recht im gewöhnlichen Sinne bezeichnen könne, sei eine andere Frage. Dazu äußert Leonhard [98]), damit werde verkannt, daß der Verpflichtende hier doch eine Verpflichtung eingehe, nämlich, den Gebrauch in Zukunft zu dulden, ähnlich der Duldungspflicht des Vermieters und Verleihers. So sei der Gestattende z. B. nicht berechtigt, den Fahrgast mitten auf der Straße abzusetzen, und ebenso müsse, wer Kleidungsstücke seiner Gäste auf dem Flur ablegen lasse, für sein und seiner Leute Verschulden haften (bestr. R.G.).

[95]) Jung, Tierhalterhaft. in Vertr., S. 56.
[96]) Hedemann, Fortschritte, S. 97.
[97]) Blume, Recht 12, S. 650, 51.
[98]) Leonhard, Schuldr., S. 81.

Bezüglich der Bezeichnung „Gefälligkeitsverträge“ bemerkt er, daß sie auf etwas anderes hindeuteten, nämlich auf solche Abmachungen, die nicht rechtliche, sondern gesellschaftliche Bedeutung hätten.

Blume fährt dann fort, das Rechtsleben sei erfüllt von derartigen Abmachungen. Gerade hier ist die Abgrenzung manchmal sehr schwierig, wann Vereinbarungen und Handlungen zur Rechtssphäre gehören, wann sie nur gesellschaftlicher Natur sind. Nach Blume treten solche Handlungen dann in den Kreis von Rechtshandlungen ein, wenn sie bestimmt sind, eine Einwirkung auf die Person oder das Vermögen eines anderen hervorzurufen. Blume fordert für die Gefälligkeitsverträge im System der Schuldverhältnisse eine besondere Type.

Dagegen hat sich namentlich Krückmann [99]) gewandt, besonders gegen die Schaffung einer besonderen Gruppe. Seines Erachtens sei die Schaffung dieser Mittelgruppe unnötig, weil die vier unentgeltlichen Verträge des B.G.B. den Bedürfnissen vollauf entsprächen. Bei Abwandlungen helfe der gemischte Vertrag aus [100]). Die Schaffung einer besonderen Gruppe verstoße gegen die wissenschaftliche Ökonomie. Hauptsächlich interessieren uns seine Ausführungen zum „Taunusfall“ [101]). Auch er hält die Annahme des R.G., daß in der Gestattung des Mitfahrens kein obligatorischer Vertrag liege, für irrig, nimmt indessen Leihe an. Nach seiner Ansicht ist die Überlassung des Platzes wesentlich und deswegen das ganze Rechtsverhältnis als Leihe zu betrachten. Aber darauf kommt es hier doch weniger an. Durch die Überlassung des Platzes soll nur die Mitfahrt ermöglicht werden. Sie ist zwar eine unentbehrliche Vorbedingung für die Ausführung der Fahrt, aber doch nicht die Hauptsache. Hinzu kommt noch eine andere Leistung, nämlich diesen „verliehenen Platz“ nun auch voranzubringen. Das ist auch die eigentliche und hauptsächlichste Leistung aus dem Vertrage; diese Leistung schafft erst die Gefahrenzone, in der die meisten Schadensfälle entstehen. Auch der natürlichen Volksauffassung würde eine solche Konstruktion (als Leihe) ziemlich unverständlich erscheinen. Daran darf man auch nicht ganz achtlos vorbeigehen.

Was nun das Gesamtergebnis angeht, so läßt sich selten für den Einzelfall sagen, die Entscheidung müsse so oder so lauten, weil der ganze Sachverhalt, insbesondere die wörtlichen Abmachungen zwischen den Parteien meist nur auszugsweise wiedergegeben sind. Auf letztere kommt es aber meistens an.

In Entscheidung Bd. 62/389 (der „Kolumbariumfall“) hatte sich der Beklagte einem Verein für Feuerbestattung zunächst schriftlich, dann auch mündlich erboten, zum Bau eines Kolumbariums die nötigen Mittel, zunächst 50 000 Mk. zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte hatte sein Angebot noch verschiedentlich wiederholt und dann die Zahlung von Raten vereinbart. So hatte er zweimal 10 000 Mk. gezahlt. Dann hatte er weitere Zahlungen verweigert, schließlich aber geschrieben, er wolle sein einmal gegebenes Versprechen nun auch halten. Nach seinem Tode weigerten sich seine Erben, weiter Zahlungen zu leisten.

Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, welcher Gattung von Verträgen dieser zuzurechnen sei, erwidert das R.G., daß die herkömmlichste Einteilung der Vermögenszuwendungen in solche, die obligandi, credendi oder donandi causa erfolgen, nicht erschöpfend sei, sondern nur

[99]) Gefälligkeitsvertr., Seuff. Bl. 09, S. 114.
[100]) dagegen Höniger, gem. Verträge, S. 302.
[101]) a. a. O., S. 153/54.

die wichtigsten und häufigsten Zwecke bezeichne. Es könne demnach sehr wohl ein sogen. kausales Rechtsgeschäft im Gegensatz zu einem abstrakten dergestalt zustandekommen, daß mit der Leistung einerseits keine Schenkung bezweckt, andererseits keine Verpflichtung zu einer Gegenleistung oder zu einer Wiedererstattung begründet, sondern ein anderes Ziel, das insbesondere in einer von dem Empfänger zu wohltätigen, gemeinnützigen oder idealen Zwecken vorzunehmenden Handlung bestehen könne, erreicht werden solle.

Faßt man zunächst die Erklärung des Beklagten bzw. seine Vereinbarung mit dem Verein als Schenkungsversprechen auf, so würde es nach dem Wortlaut des § 518 B.G.B. nichtig sein, weil es der vorgeschriebenen Form entbehrt. (Bezügl. der schon gegebenen 20 000 Mk. würde der Formmangel geheilt sein.) Das R.G. betont ganz richtig, daß durch die Formvorschrift erreicht werden solle, übereilte Schenkungsversprechen nichtig und unwirksam zu machen. Davon, daß der Beklagte sein Versprechen übereilt abgegeben hat, kann nicht die Rede sein. Er hat vielmehr mehrere Erklärungen in gewissen Zeitabständen abgegeben. Er wollte selbst dann noch sein Versprechen erfüllen, als er sich schon von dem Verein abgewandt hatte. Die Voraussetzungen, für die § 518 geschaffen ist, liegen hier also nicht im geringsten vor. Könnte man hier über § 518 hinweg ein wirksames Schenkungsversprechen annehmen, zumal es im Willen des Verstorbenen lag, auf jeden Fall das Geld an den Verein zu zahlen. Wenn der Verstorbene sich schon moralisch für verpflichtet hielt, wird man bestimmt nicht annehmen können, daß er sich durch § 518 irgendwie hätte leiten lassen, nicht mehr zu zahlen. Andererseits kann man indes auch wieder annehmen, daß aus seinem letzten Schreiben an den Verein nicht sein Verpflichtungswille hervorgeht, sondern lediglich die Erklärung, daß er zahle, ohne verpflichtet zu sein.

Trotzdem hier keine Übereilung vorliegt, muß man aber hier ein für die Erben verbindliches Schenkungsversprechen ablehnen, weil § 518 auf jeden Fall zwingend ist. (Den Verstorbenen als Beklagten zu bezeichnen, ist übrigens nicht zutreffend, Beklagte sind ja seine Erben.)

Eine diesen § 518 übergehende Bindung kann man nicht annehmen. Gerade durch diese wenigen Bestimmungen sind der Privatautonomie Grenzen gesteckt. Die Konstruktion eines außerordentlichen Mitgliedsbeitrages ist ebenfalls abzulehnen.

In Bd. 65, S. 37, ist von einem „Biervertriebsvertrag“ [102]) die Rede. Als Hauptverpflichtungen standen sich gegenüber, die der Brauerei, ihr Bier in einem bestimmten Bezirke nur durch die Gegenpartei, eine Gesellschaft, umsetzen zu lassen, die der Gesellschaft, einen bestimmten Umsatz jährlich zu erzielen. Es handelt sich hier, wie richtig hervorgehoben wird, um eine auf längere Zeitdauer berechnete Interessenverknüpfung [103]). Das Reichsgericht hält es aus diesem Grunde für gerechtfertigt, infolge dieser Ähnlichkeit mit der Handlungsagentur und der Gesellschaft die §§ 92, 133 H.G.B. und § 723 B.G.B. für die Auflösung des Vertrages entsprechend anzuwenden.

Der Entscheidung, Bd. 82, S. 155, ist die Frage vorangestellt, ob die Überlassung eines Geheimverfahrens, dem zugesicherte Eigenschaften fehlen, zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet. In einer

[102]) Dieser Biervertriebsvertrag hat mit dem oben erwähnten Vertriebsvertrag (Trödelvertrag) nichts gemein.

[103]) vgl. oben S. 11/13, Vertrauensgesch.

mit „Lizenzvertrag“ überschriebenen Urkunde hatte sich der Beklagte verpflichtet, die alleinigen Rechte zur Herstellung des zum deutschen Reichspatent angemeldeten Fußbodens und eines bestimmten Kunstmarmors der Klägerin zu übertragen gegen eine einmalige Zahlung von 17 000 Mk. und einer weiteren besonders zu berechnenden Gebühr. Es sollte sich um ein neues erprobtes Verfahren handeln. Da die Herstellung des Fußbodens mit Mißerfolgen verknüpft war, verlangte die Klägerin Schadensersatz.

Zunächst ist die Benennung „Lizenzvertrag“ unzutreffend und nicht maßgebend. Sie kann wohl evtl. Aufschluß geben über das, was die Parteien gewollt haben. Es handelt sich um die Überlassung eines noch nicht patentierten, sondern nur erst angemeldeten Verfahrens. Zu der Art des Vertrages bemerkt die Revisionsinstanz, daß der Vertrag offensichtliche Ähnlichkeit mit einem Lizenzvertrag habe. Solange aber noch kein Patent erteilt sei, fehle es an einem Anhalt (der sonst aus der Tatsache der Patentierung geschlossen wird) für die Neuheit des zu überlassenden Vertragsgegenstandes. Es liege daher nahe, daß der Erwerber eines solchen Verfahrens sich dessen Neuheit besonders zusichern lasse. Alsdann könne man annehmen, daß für den wirklichen Bestand dessen, was zugesichert sei, eingestanden werden solle. Daraus folge dann, soweit die Zusicherung als unerfüllbar sich herausstelle, die Haftung auf das Erfüllungsinteresse.

Man könne auch die Vorschriften über den Rechtskauf analog anwenden. Zwar handele es sich noch nicht um ein Recht, aber doch um ein Gut, das wirtschaftlich einem Patentrechte gleichkomme. Indes könne man auch den Vertrag vom Gesichtspunkte des Verkaufs einer körperlichen Sache betrachten, nur daß es sich hier um einen unkörperlichen Gegenstand handele, schließlich auch nach dem Gesichtspunkte der Pacht. Immer erscheine es gerechtfertigt, die Beklagte auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen. Auch rechtspolitisch sei das Ergebnis zu billigen, weil unlautere Geschäfte über angemeldete Patente nicht selten seien.

Die Vorschriften über den Kauf körperlicher Sachen seien aber trotz des kaufrechtlichen Charakters nicht in vollem Umfange anzuwenden. Es sei eben ein Vertrag eigener Art.

Das Reichsgericht wendet also zunächst nur die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. an und zeigt dann, daß dieses Ergebnis auch bei analoger Anwendung der Vorschriften verwandter Typen bestätigt wird. Wie das Reichsgericht selbst erwähnt, handelt es sich hier um einen Fall, der nicht so selten ist.

In Entscheidung 87/218 handelt es sich um den rechtlichen Charakter eines Vertrages, durch den die Inhaber von Urheberrechten an Werken der Tonkunst das musikalische Aufführungsrecht zwecks gemeinsamer Verwertung einer Genossenschaft übertragen. Kann bei einem solchen Vertrage das Kündigungsrecht wirksam ausgeschlossen werden?“

Es liegt ein Vertrag zwischen Inhabern von Aufführungsrechten und einer Genossenschaft vor, die eine Anstalt (Afma) zur Verwertung der Rechte mit vereinsähnlicher Organisation (Vorstand, Vertrauensmänner als Organe und Grundordnung als Satzung) ins Leben gerufen hat. Mitglieder der Genossenschaft (rechtsfähig durch Verleihung) sind durchweg Künstler und Verleger. Der Vertrag wird in der Entscheidung als Berechtigungsvertrag bezeichnet mit dem Inhalt: Der Berechtigte erlangt Anteil an den Aufführungsrechten und Anspruch auf Rechtsverfolgung. Dafür hat er seine während der Vertragsdauer entstehenden Aufführungs-

rechte für die Dauer des Urheberrechts und des Bestehens der Anstalt zu übertragen usw.

Die Kündigung ist durch einen besonderen § 9 geregelt. U. a. heißt es da, daß durch die Kündigung das Rechtsverhältnis bezüglich der bereits übertragenen Rechte nicht berührt wird. Um diesen § dreht sich in erster Linie der Streit. Ein Teil der Berechtigten hatte nämlich gekündigt, ein Teil war vom Vertrage zurückgetreten. Die Klage der Genossenschaft bzw. die Widerklage der Ausgeschiedenen ging um die Verfügung über die bereits übertragenen Rechte.

Die Klage der Genossenschaft ist in allen Instanzen abgewiesen worden. In den Gründen heißt es, daß die Klägerin öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte für die Beurteilung des Berechtigungsvertrages habe herangezogen wissen wollen, wegen der besonderen Stellung der Genossenschaft bzw. der Anstalt im öffentlichen Leben. Die gegenteilige Begründung des Reichsgerichts ist aber sehr überzeugend. Das Kammergericht habe den Vertrag als einen Vertrag eigener Art aufgefaßt, der unter keine der im bürgerlichen Recht geregelten Vertragsarten einzustellen sei., wohl aber Elemente des Dienst- und Gesellschaftsvertrages enthalte, speziell der Geschäftsbesorgung, m. a. W. es würde ein gemischter Vertrag vorliegen. Mit der Zerlegung der gegenseitigen Verpflichtungen in Elemente dieser Typen würde aber das Wesen dieses Vertrages nicht richtig erfaßt, der einheitliche Gesichtspunkt, unter dem er zu beurteilen ist, würde zerstört. Das Verhältnis zwischen Genossenschaft und Berechtigten könnte man höchstens als gesellschaftsähnlich bezeichnen und demzufolge § 723 analog anwenden. (Die Revision hat aber diesen Charakter des Vertrages bestritten.) Nach § 723,3 wäre der Ausschluß der Kündigung hinsichtlich der bereits übertragenen Aufführungsrechte für nichtig zu erklären. Desgleichen könnte man § 732 analog anwenden, wonach Gegenstände den Gesellschaftern zurückzugewähren sind nach ihrem Ausscheiden. Die Revision will das Rechtsverhältnis als Kauf der Aufführungsrechte gegen eine fortlaufende Rente angesehen wissen. Das R.G. führt aber richtig aus, daß die Parteien das ja gerade nicht gewollt hätten, weiterhin, welches unerquickliche Verhältnis für die Ausgeschiedenen bestehen würde, die wegen ihres weiteren Anteils am Gewinn gezwungen wären, dauernd gegen ihren Willen mit der Gesellschaft noch in Verbindung zu bleiben, auf die sie aber im übrigen keinen Einfluß mehr hätten, insbesondere nicht auf die Festsetzung der Anteile. Weiterhin ist zu sagen, daß sie wegen dieser fortdauernden Gewinnbeteiligung künstlich noch Mitglieder der Anstalt sein müßten.

Ein solches Verhältnis jemandem vertraglich aufzubürden, verstößt gegen die guten Sitten, das ist wohl der stärkste Grund, den Vertrag für nichtig zu erklären.

Man könnte dem entgegensetzen, daß die Ausscheidenden diese Bedingungen des Vertrages und der Grundordnung, von denen, wie von der Revision hervorgehoben wird, ja das Bestehen des Vereins hauptsächlich abhängt, gekannt haben und trotzdem den Vertrag, durch den sie ihre Rechte übertrugen, abgeschlossen haben.

Aber der gesellschaftsähnliche Charakter dieses Verhältnisses ist doch zu stark. Und für solche Abmachungen ist § 723, ferner § 732 als zwingend anzusehen, in denen der Gedanke liegt, daß, wenn Personen, die sich zu einem bestimmten Zwecke verbunden haben, auseinandergehen, alles wieder werden soll, wie es früher war.

Rumpf erwähnt dieses Rechtsverhältnis unter den wirtschaftsrecht-

lichen Vertrauensgeschäften [104]). Es handelt sich hier um eine auf längere Dauer abgestufte Interessenverbindung. Hier liegt nach dem oben erwähnten System Rumpfs eine „Interessenverschmelzung" vor, bei der das Moment der Dauer wichtig ist. Die Grundlage für dieses Verhältnis ist das Vertrauen. Schwindet dieses, dann fällt das ganze Verhältnis in sich zusammen. Hier haben wir den typischen Fall dafür. Nur auf dieser Grundlage konnte und sollte der Berechtigungsvertrag stehen. Die Revision sagt selbst, daß hier nicht die gewöhnlichen privatrechtlichen Vorschriften anzuwenden seien. Nicht nur privatrechtliche, sondern auch soziale, ethische Gesichtspunkte seien zur Beurteilung heranzuziehen. War aber unter den Mitgliedern die Stimmung, die sie bewog, Genossenschaft und Anstalt aufzutun, nicht mehr vorhanden, dann mußte auch das sich darauf aufbauende Rechtsverhältnis ohne weitere Rechtswirkung sich auflösen.

In dem Entscheidung 92, 168 zugrundeliegenden Sachverhalt herrscht Streit, ob zu drei eigenartigen Verträgen der Schuldverschreibungsstempel verwendet werden mußte.

Die Klägerin, ein Bergwerksgesellschaft, hatte mit dem preußischen Eisenbahnfiskus drei Verträge geschlossen, nach denen der Fiskus auf Antrag und Kosten der Klägerin bei beabsichtigten eigenen (Eisenbahn)-Bauten durch Verstärken, Höherführen und dergl. Vorkehrungen gegen Bergschäden treffen sollte, und die Klägerin sich verpflichtete, dafür bestimmte Summen an den Fiskus zu zahlen. Die Klägerin hatte den Schuldverschreibungsstempel in allen drei Fällen bezahlt und verlangte nun den entsprechenden Betrag zurück.

Geprüft wird, ob „das Versprechen, der Klägerin in jedem der Verträge, bestimmte Summen zu zahlen, den Teil eines einheitlichen, seinem Inhalte nach vom bürgerlichen Recht bestimmten, individuellen und mit einem besonderen Namen bezeichneten Rechtsgeschäfts bildet" (Oberlandesgericht). Es wurde aber weder Auftrag, noch Gesellschaft, noch Werkvertrag angenommen.

Das Berufungsgericht gebraucht bei der Ablehnung des Werkvertrages den Satz: „Der Vertrag, für sich ein Werk in bestimmter Weise auszuführen, ist kein Werkvertrag". Gegen diesen Satz wendet sich die Revision. Dazu bemerkt das Reichsgericht, die Revision erblicke in der Schaffung der vereinbarten Vorkehrungen gegen künftige Bergschäden zutreffend den Erfolg des von ihr behaupteten Werkvertrages. Doch sage die Revision selbst, es handele sich um Bauanlagen, die der Unternehmer in der Hauptsache für sich und nicht für den Besteller (die Bergwerksgesellschaft) — also auch insoweit nicht als Unternehmer herstelle. (Wahrscheinlich, fährt nun aber die Revision fort, daß der Fiskus in der Nebensache dagegen — also bezüglich der besonderen Verstärkung der Anlagen — als Unternehmer für die Bergwerksgesellschaft tätig sei. Das wäre richtig.) — Das R.G. entwickelt weiter: Man müsse hier das rechtliche und wirtschaftliche Fürsicharbeiten unterscheiden. Wenn jemand ein Werk zum Nutzen eines Dritten herstellen müsse, so könne er das Werk mit allem, was hinzu gehöre, einem andern und auch dem Dritten, zu dessen Nutzen es bestimmt sei, selbst übertragen zur Ausführung. Er könne es aber auch dem Dritten überlassen, das Werk unmittelbar für sich herzustellen, und sich selbst darauf beschränken, dem Dritten die Kosten zu erstatten. Das

[104]) a. a. O., S. 7.

wäre dann ein unbenannter Vertrag. Er würde dem Subventionsvertrag ähneln.

Im ersten Falle würde der Unternehmer rechtlich durchweg für einen Besteller und nur wirtschaftlich als Unternehmer für sich arbeiten. Und so spreche der erwähnte Satz des Berufungsgerichts, da er die rechtliche Lage beurteilen wolle, offenbar nur von dem rechtlichen, nicht dagegen von dem wirtschaftlichen Fürsicharbeiten. Mithin liege darin kein Werkvertrag, sondern ein unbenannter Vertrag.

In Entscheidung 88/1 handelt es sich um die Rechtsstellung des Untermaklers. Das R.G. führt auf Seite 3 aus, der Vertrag zwischen Makler und Untermakler wurde vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht besonders geregelt, er sei ein Vertrag eigener Art, der unter Berücksichtigung seines Zweckes nach dem Grundsatze der §§ 157, 242 B.G.B. ausgelegt und erfüllt werden müsse. Aus dem Zwecke des Vertrages, der ein Hilfsvertrag zur Erreichung der Ziele des Hauptmaklervertrags sei, ergebe sich, daß gewisse grundsätzliche Eigenheiten des Maklervertrages auch für den Inhalt des Untermaklervertrages bestimmend sein müßten. So z. B. die freie Widerruflichkeit des „Auftrags".

Zweck des Vertrages ist, dem Makler Unterlagen zu verschaffen, auf Grund deren er dem Geschäftsherrn Gelegenheiten nachweisen oder vermitteln kann.

In Entscheidung 88/69 handelt es sich um folgendes:

Eine russische Firma hatte zu Beginn des Krieges Waren bei der Klägerin lagern, die sie (die Firma) der Beklagten angeboten hatte. Die Beklagte erklärte der Klägerin, daß sie das Angebot annehme. Die Klägerin erwiderte, daß sie mit der russischen Firma nicht in Verbindung treten könne. Nachdem ihr die Beklagte aber das schriftliche Angebot der Firma gezeigt hatte, erwiderte sie, daß sie bereit sei, die Waren zu dem von der ausländischen Firma geforderten Preise abzugeben. Die Klägerin verlangte den Preis und klagte, als er ihr verweigert wurde.

Dazu führt das R.G. aus: Es sei unerheblich, ob die Klägerin im eigenen Namen oder im Namen der ausländischen Firma verkauft habe. Die Klägerin habe die Ware nur ausliefern wollen, wenn die Beklagte ihr den Preis auszahlen würde. Das sei unter Kaufleuten sehr gebräuchlich. Es entstehe ein von dem Kaufvertrage verschiedenes Schuldverhältnis, kraft dessen der Empfänger zur Zahlung an den Hingeber der Ware verpflichtet sei. So sei es hier geschehen. Die Beklagte habe auf Grund der Schreiben der Klägerin nicht im Zweifel darüber sein können, daß die Klägerin ihr die Ware nur gegen Zahlung an sie selbst habe ausliefern wollen. Sie habe auf Grund dieses Angebots über die Ware verfügt und müsse deswegen auch die Gegenleistung erfüllen, nämlich an die Klägerin zahlen, gleichviel, ob diese die Verkäuferin sei oder nicht.

Es handelt sich hier also um einen typischen „do ut des-Vertrag".

In Entscheidung 88/108 handelt es sich um „Natur und Inhalt der bei Veranstaltung einer Ausstellung mit den Ausstellungswirten geschlossenen Verträge".

Der Kläger (Verein zur Veranstaltung der internationalen Ausstellung für Buchgewerbe und Graphik — Leipzig 1914) hatte mit den Beklagten Verträge abgeschlossen. Darin hieß es u. a., daß der Verein an Unternehmer Plätze vermiete, z. B. zum Betrieb eines „Volksrestaurants" für die Zeit der Ausstellung. Die Unternehmer hatten eine feste Platz-

miete zu entrichten usw. Infolge des Kriegsausbruches brach die Ausstellung zusammen. Der Verein verlangte von den Wirten die Zahlung des vollen Mietzinses, die Beklagten verlangten Minderung.

Bei der Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses, das man unmöglich nur als Miete bezeichnen kann, ist das Berufungsgericht zu einem völlig abwegigen Ergebnis gelangt, indem es nur die Mietregeln anwandte, im übrigen aber den besonderen Charakter des Vertrages ganz außer acht ließ. Anders das Reichsgericht, das in ganz ausführlicher Weise das zwischen den Wirten und dem Austellungsverein herrschende Rechtsverhältnis würdigt. Die Miete sei nur einer der mehreren Teile des Vertrages, die innerlich miteinander verbunden ein eigenartiges einheitliches Ganze darstellen. Der Vertrag sei gesellschaftsähnlich. Diese Auffassung des Gesamtvertrages sei durch § 157 geboten. Sie ergebe die Folgerung, daß die §§ 323, 325 B.G.B. Anwendung zu finden hätten.

Ob man diesen Vertrag mit seinen vielerlei Leistungen nun als unbenannten oder als gemischten Vertrag anzusehen hat, ist zweifelhaft.

Über den Schiedsrichter-Vertrag wird in Bd. 94/213 ausgeführt: Der zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien des schiedsrichterlichen Verfahrens abgeschlossene Vertrag sei kein Werkvertrag. Er falle überhaupt unter keine der im B.G.B. ausdrücklich geregelten Vertragsarten, sei vielmehr, wie in der Rechtsprechung anerkannt sei (R.G. 59/247, 65/175, 74/323), mit Rücksicht auf die Eigenart der schiedsrichterlichen Tätigkeit als ein Vertrag besonderer Art anzusehen. Den Gegenstand des Vertrages bilde nicht nur die Erlassung eines Schiedsspruches, sondern die gesamte schiedsrichterliche Tätigkeit.

Der in Bd. 98, S. 342, unterstellte Fernsprechanschlußvertrag ist als gemischter Vertrag anzusehen und wird auch durchweg so behandelt.

In Entscheidung, Bd. 91/170: ist von einem Vertrag die Rede, wodurch jemandem von einer Gemeinde „die alleinige Berechtigung erteilt wird zur Verlegung von (elektrischen) Leitungen im Gebiete der Gemeinde über oder unter der Erde zur Lichterzeugung oder Kraftabgabe auf die Dauer von 20 Jahren". Durch einen weiteren Vertrag wurde die Vertragsdauer auf 30 Jahre verlängert. In einem späteren Vertrage übertrug dieselbe Gemeinde ihre Dampfkleinbahn an die Stadt Köln, die diese Bahn nunmehr elektrisch betreiben sollte. In dem Vertrage heißt es, daß der Stadt das dauernde und ausschließliche Recht zur Benutzung ihrer Gemeindestraßen eingeräumt werde, unbeschadet der ihr (der Gemeinde) aus den oben erwähnten Verträgen, von denen der Stadt Kenntnis gegeben wurde, zustehenden Rechte.

Die Klägerin, als Rechtsnachfolgerin des aus den oben erwähnten Verträgen Berechtigten, klagte gegen die Gemeinde und gegen die Stadt Köln.

Nach Ansicht des Reichsgerichts ist für die Klägerin aus den Verträgen mit der Gemeinde nicht mehr entstanden als ein Forderungsrecht gegen die Gemeinde, daß diese innerhalb ihres Gebietes der Klägerin und niemandem sonst die Verlegung der erwähnten Leitungen auf Gemeindeeigentum, insbesondere den Gemeindewegen, gestatte. Ein absolutes Recht sei nicht begründet. Daher wurde die Klage gegen die Stadt Köln abgewiesen, gegen die Gemeinde dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

In Entscheidung 97/18 handelt es sich darum, ob sogen. Eisenbahnanschlußverträge stempelsteuerpflichtig sind.

Die Klägerin hatte vertraglich das Recht, den einem Privatmann gehörigen Rangierbahnhof und Anschlußgeleise zu benutzen und die Benutzung auch anderen Anliegern zu überlassen. Mit diesen Anliegern schloß sie Verträge, in denen sie ihnen gegen Entgelt die Benutzung dieser Anlagen und der von ihr selbst noch hergestellten überließ. Für diese Verträge wurde der erforderte Mietstempel verwandt. Die Klägerin forderte dann die gezahlten Beträge zurück.

Das Berufungsgericht sah die Verträge als Miet- bzw. Aftermietverträge an und wies die Klage ab.

Das Reichsgericht lehnt ein Gebrauchsrecht und damit das Vorliegen eines Mietverhältnisses über unbewegliche Sachen ab. In den Verträgen räume die Eisenbahn den Anliegern das Recht ein, einen von ihnen herzustellenden Schienenstrang mit den Eisenbahnanlagen derart in Verbindung zu bringen, daß eine Hinüberführung von Wagen von und nach den anliegenden Grundstücken möglich sei. Die Eisenbahn sei auch auf den Anschlußgleisen Betriebsunternehmerin. Das Anschlußgleis sei ebenso wie das öffentliche Gleis mit dem unter ihm befindlichen Gelände allein der Benutzungsbefugnis des Eisenbahnunternehmers unterworfen. Es handele sich nach dem Ausgeführten um Verträge über vermögensrechtliche Angelegenheiten, auf welche nur Tarifstelle 71,2 zur Anwendung komme, sogen. unbenannte Verträge.

Bezüglich der Beurteilung der Vereinbarungen der Parteien bemerkt das R.G. noch, es sei nicht entscheidend, daß in den Verträgen Vereinbarungen getroffen seien, die auf den Abschluß eines Mietvertrages hindeuteten, nämlich, daß den Käufern die Benutzung von Flächen für die Zwecke eines Eisenbahnanschlußgeleises eingeräumt sei. Denn für die rechtliche Natur des Vertrages sei nicht die von den Vertragschließenden gewählte Ausdrucksweise, sondern die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen nach ihrem objektiven Inhalt entscheidend.

In Entscheidung Bd. 103, S. 146, interessiert uns die Frage, „welche Rechtsbeziehungen dadurch entstehen, daß die Eisenbahn einem Geschäftsmanne, der häufig Güter empfängt, auf der Güterabfertigungsstelle ein Schließfach einräumt".

Die Klägerin besaß ein solches Schließfach, in das die Frachtbriefe und dergl. gelegt wurden. Auf irgendeine Weise war nun ein Frachtbrief von einem Unberechtigten weggenommen worden. Unter Vorzeigung des Briefes waren dann die Waren an ihn verabfolgt worden.

Die Revision sieht das hinsichtlich des Schließfaches zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis als Leihvertrag an. Die unentgeltliche Einräumung des Faches tritt aber völlig in den Hintergrund. Das R.G. bemerkt, die Benutzung des Schließfaches als solche bilde nicht den eigentlichen Kernpunkt der Vertragsbeziehungen, sondern sie stelle sich nur als Mittel zum Zwecke dar, Erleichterungen und Verbesserungen für die Auslieferung der mit der Bahn für die Klägerin eintreffenden Güter zu schaffen. Der Beklagte bediente sich des Schließfachs, um dadurch die Übergabe und die Benachrichtigung an den Empfänger zu ersparen, für die Klägerin ergab sich eine schnellere Benachrichtigung und Ersparung von Kosten.

Der Vertrag sei ein solcher eigener Art, der weder nach den Vorschriften der Leihe noch der Miete noch eines anderen im B.G.B. besonders geregelten Vertragsverhältnisses zu beurteilen sei.

In Entscheidung Bd. 108/369 erwähnt das Reichsgericht einmal ausdrücklich den gemischten Vertrag. „Begründet die Überlassung von

Bahnhofsräumen zum Betriebe eines Wechselgeschäfts Miete oder ein gemischtes Vertragsverhältnis?"

Die Klägerin (Deutsche Reichsbahn) hatte auf Grund eines „Pachtvertrages" der Beklagten den Betrieb einer Wechselstube übertragen, ihr einen Raum und einige Inventarstücke überlassen, sich im übrigen auch vertraglich einen gewissen Einfluß auf den Betrieb des Geldwechselns vorbehalten.

Ein Pachtvertrag liegt nicht vor. „Entscheidend ist die Gestattung des Geldwechselns und die auch übernommene Verpflichtung dazu." Durch die Überlassung des Raumes wird das Wechseln, an dem selbstverständlich die Eisenbahn großes Interesse hat, erst ermöglicht. Das Rechtsverhältnis enthält somit Elemente des Mietvertrags und des Dienstvertrages, wie das R.G. richtig hervorhebt. Es handelt sich also um einen gemischten Vertrag und nicht um einen unbenannten.

Ein gemischter Vertrag liegt offenbar auch Entscheidung Bd. 118/41 zugrunde, in dem ein Arzt mit einem Apparate, der den Kranken von der Stadt unentgeltlich mit Bedienung gestellt wurde, Röntgenbestrahlungen durch eine Schwester vornehmen ließ. Hinein spielt auch die öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht.

Im gleichen Bande S. 288 ist die Rede von dem „Wesen des Vertrags, durch welchen der Hersteller eines Filmstreifens diesen an einen ‚Verleiher' veräußert".

Der Klägerin war vertraglich das Erst- und Alleinausnutzungsrecht an vier Filmen überlassen worden, die noch gedreht werden sollten. Die Filme sollten zu bestimmten Terminen geliefert werden. Als der erste Film fertiggestellt war, wollte die Klägerin ihn sich vorführen lassen. Da die Beklagte sich beharrlich weigerte, erklärte sie ihren Rücktritt vom Vertrage, zumal auch mit den anderen Filmen noch nicht begonnen war.

Bezüglich des Vertragsverhältnisses bemerkt das R.G., daß im Vertrage bzw. im Bestätigungsschreiben einmal von „Verleiherin", ein andermal von „Verkauf" die Rede gewesen sei. Es frage sich, ob die Klägerin, bevor sie jeweils die erste Kopie übernahm (wobei sie jedesmal eine bestimmte Summe zu zahlen hatte), die Vorführung auf Grund des Vertrages habe verlangen können.

Die Instanzen gingen davon aus, daß zu dieser Frage die Bestimmungen des Kaufs mindestens entsprechend anzuwenden seien. Das Berufungsgericht erwäge, daß ein solches Recht ausdrücklich aus den Kaufvorschriften nicht hervorgehe, aber es entspreche ein solches Recht dem natürlichen Gefühl und den Anforderungen von Treu und Glauben (§ 157 B.G.B.). Dergleichen Prüfung müsse man dem Käufer ermöglichen, zumal bei Großfilmen. Verkannt wird nicht, daß ein Vertrag wie der vorliegende nicht schlechthin nach den Regeln des Kaufs beurteilt werden könne, weil er von eigener Art und tatsächlich wie rechtlich gemischtem, auch in einzelnen Fällen mannigfaltig verschiedenem Inhalt sei. Solche Verträge seien nach ihrem Zweck und Wesen den Lizenzverträgen verwandt. Dieser Vertrag mache keine Ausnahme, obgleich von „Verkauf" darin gesprochen werde. Sein Inhalt verbinde mit der Übertragung urheberrechtlicher Befugnisse die Veräußerung der Filmkopie als körperlicher Sache.

Der Vertrag ist somit als unbenannter anzusehen.

Damit ist im wesentlichen die in § 132 des Generalregisters aufgeführte Reihe von Verträgen erschöpft, soweit sie für unsere Ausführun-

gen geeignet erschienen. Aus dem letzten Teile geht besonders hervor, daß das Reichsgericht, wie eingangs erwähnt, nicht nur unbenannte Verträge im Sinne unserer Ausführungen, sondern auch andere, u. a. gemischte Verträge unter §132 aufgeführt hat.

Daß ferner die Aufzählung in § 132, wie ebenfalls eingangs erwähnt wurde, nicht erschöpfend ist, geht daraus hervor, daß Löwenwarter [105]) noch verschiedene Verträge anführt, die zur Entscheidung des Reichsgerichts gelangt und in den amtlichen Sammlungen enthalten, in § 132 aber nicht erwähnt sind, so z. B. der von ihm so genannte „Verfilmungsvertrag" in Bd. 107, S. 62, der „Zustimmungsvertrag" in Bd. 106, S. 78, der „Einbringungsvertrag" in Bd. 86, S. 213, ferner noch der „Kundschaftervertrag". Als unbenannter Vertrag recht interessant ist der Verfilmungsvertrag (107/62).

Der Kläger hat ein Filmmanuskript verfaßt, das die Beklagte von ihm erworben, aber nicht als Film herausgebracht hat. Der Kläger verlangt daher die „Verurteilung der Beklagten zur Verfilmung, Vervielfältigung des ordnungsmäßig hergestellten Filmes und Vertreibung zur Vorführung unter Namensnennung des Verfassers". Der Klage wurde in den Instanzen entsprochen, das Reichsgericht wies sie ab.

Dazu führt das Kammergericht aus: Die ausdrückliche Verpflichtung zur Verfilmung des Manuskripts sei nicht nachgewiesen. Es müsse also untersucht werden, ob eine solche Pflicht auch so bestehe. Eine gesetzliche Vorschrift fehle, desgleichen ein Handelsgebrauch. Die Verpflichtung folge aber aus der rechtlichen Natur des Vertrages. § 1 des Verlagsgesetzes müsse entsprechend angewendet werden. Hier beruhe die Pflicht auf dem Gedanken, daß der Verleger das Mittel zur Veröffentlichung für die Autoren sei. Der Filmverfasser dürfe nicht schlechter gestellt sein. Auch er strebe — abgesehen vom Honorar — hauptsächlich nach der Veröffentlichung seines Werkes.

Dagegen (m. E. auch mit Recht) das R.G.: Die Ausführungen beruhten mehr auf juristisch konstruktiver Grundlage als auf Berücksichtigung der lebendigen Rechtstatsachen. Es treffe zu, daß der Verfilmungsvertrag kein Verlagsvertrag sei, andererseits dürfe dieser aber auch nicht analog herangezogen werden. Trotz gewisser Ähnlichkeiten sei der Unterschied so wesentlich, daß es nicht angehe, Grundsätze des Verlagsvertrages auf den vorliegenden Vertrag zu übertragen. Die Bedürfnisse der Filmindustrie und des Filmmarktes seien andere als die des Buch- und Musikalienhandels, die s. Zt. zum Verlagsgesetz geführt hätten.

Das R.G. stellt dann ausführlich das Wesen des Verlagsvertrags und des noch anders gearteten Bühnenaufführungsvertrages dar, insbesondere die Verpflichtungen des Verlegers. Der Verfilmungsvertrag sei wiederum anders geartet. Er enthalte einzelne Elemente aus dem Verlags- und Aufführungsrecht und füge ganz neue hinzu. Er sei ein Vertrag eigener Art, der auch seine besondere rechtliche Würdigung erheische. In ausführlicher Weise wird dann geschildert, was mit der Urschrift (dem Manuskript des Verfassers) und ihrem Inhalt erst alles geschehen müsse, bis gefilmt würde und der Film dann fertig sei. Was dann der fertige Filmstreifen enthalte, sei nicht nur Geisteserzeugnis des Verfassers der Urschrift, sondern seine und des Regisseurs Gemeinschaftsarbeit. Die Verfilmung erfordere die fachmännische, schöpferische Tätigkeit des Regisseurs. Dieser sei nicht nur Gehilfe des Filmverfassers, sondern min-

[105]) Löwenwarter, S. 176.

destens sein Mitarbeiter. Nach der Fertigstellung des Filmes beginne dann der nicht weniger schwierige Vertrieb des Filmes usw. Kurz und gut, es handele sich um einen ganz besonders gearteten Vorgang. So ließe sich nicht ohne weiteres die Güte einer brauchbaren Filmniederschrift voraussehen wie die eines Buchdramas, denn erstere sei immer noch — wie ausgeführt — etwas Unfertiges. Ein verständiger Interessenausgleich — von dem das gesunde Wirtschaftsleben ausgehe — könne nicht wie beim Verlagsvertrag vorgenommen werden. Dem berechtigten Wunsche des Filmverfassers, abgesehen von der Vergütung, sein Erzeugnis veröffentlicht zu sehen, stehe das Interesse und große Risiko des Fabrikanten gegenüber.

Danach sei eine sinngemäße Anwendung des Verlagsrechts nicht gerechtfertigt.

Die ganze rechtliche Natur eines Verfilmungsvertrages als eines Vertrages eigener Art habe aber bislang gemäß der wirtschaftlichen Entwicklung nicht eine solche Verdichtung erfahren (wie beim Verlagsrecht vor seiner Regelung), daß man es als angemessen und mit Treu und Glauben vereinbarlich halten könne, stets dem Verfasser des Manuskripts das klagbare Recht zu geben, auf Verfilmung zu bestehen, wenn solches nicht besonders ausbedungen sei.

Mit diesen Ausführungen, die nur zum kleinen Teil wiedergegeben sind, ist das Reichsgericht dem Wesen des Verfilmungsvertrages vollauf gerecht geworden.

VI.

Das Ergebnis unserer Ausführungen können wir dahin zusammenfassen:

Es gibt ein Problem des unbenannten Vertrages ebenso gut, wie es ein Problem des gemischten Vertrages gibt. Die Erscheinung des unbenannten wie des gemischten hängt zusammen mit der Vertragsfreiheit einerseits und der Ungeschlossenheit der Typen andererseits, mit ihrer ganzen Anordnung und Gestaltung. In gleichem Schritt mit der Wirtschafts- und Verkehrsentwicklung wird die Zahl und Bedeutung der unbenannten Verträge zunehmen. Dafür sind genug Anzeichen vorhanden. Die Typen müssen immer unzulänglicher werden. Es geht aber auf die Dauer nicht an, daß bedeutende Wirtschaftserscheinungen und -Fortschritte nicht mehr erfaßt werden, wie es vom Gesetz erwartet werden müßte. Gewiß, die Typen und der Begriff der einzelnen Verträge sind dehnbar. Aber einmal muß auch der weiteste Begriff versagen, und eine „Begriffsjurisprudenz, die mehr aus einem Begriffe herausholen will, als drin steckt“ [106]), muß man ablehnen. Sicherlich hat man s. Zt. die Geltungsdauer des B.G.B., insbesondere die der Vertragstypen, auf eine Reihe von Jahren berechnet, aber alles wollte und konnte man doch nicht regeln, zumal die wirtschaftliche Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte nicht vorausgesehen wurde, auch nicht voraussehbar war. Jung sagt einmal (bei der Ablehnung der „logischen Geschlossenheit“ des Rechts) [107]): „Unser Gesetzgeber war sich, wie in praktisch viel bedeutsamer Weise seine vielfachen Verzichte auf technische Formulierung und

[106]) Jung, Reichsger. Prax., S. 178.
[107]) Jung, „Pos. Recht“, Festschr. Gießen, S. 471.

im Ganzen seine verhältnismäßige Kürze dartun, der Grenzen seiner Macht durchaus bewußt."

Die Kritik an der Vertragsfreiheit und den Typen hat sofort nach Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingesetzt.

So bemerkt z. B. Hedemann [108]), die Typen seien einfach ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden, aufkeimende Neuerungen seien damit erstickt. Immer wieder würde versucht, über die Typen hinauszukommen. Von diesen Versuchen sei es nur noch ein Schritt zur Zertrümmerung des Typensystems durch Herausarbeitung gemeinsamer Oberbegriffe, die bestimmt seien, mehrere der gesetzlichen Paragraphengruppen in sich zu verschlingen.

Ferner Höniger [109]): „Die gegenwärtige Entwicklung des obligatorischen Rechts geht nun sicher nach der Richtung hin, daß man versucht, über das nunmehr zwei Jahrtausende in seinen Grundzügen unverändert gebliebene Typensystem hinauszukommen."

Ähnlich lauten die Äußerungen in der neueren Literatur. Bei Max Pappenheim [110]) dringt ein Gedanke durch, den wir oben bei der Behandlung des Vertriebsvertrags schon zum Ausdruck brachten, nämlich der Gedanke an die Nachteile der Vertragsfreiheit und Ungeschlossenheit der Typen für den wirtschaftlich Schwächeren. Es bestehe kein Unterschied zwischen dem Verkehrsrecht einst und jetzt. Der Einfluß wirtschaftlicher Entwicklung sei kaum bei neuen Gesetzen zu erkennen. Das wirkliche Verkehrsleben spiegele sich nur unvollständig im Gesetze wieder. Das geschriebene Recht sei zu wenig elastisch, um dem sich stetig wandelnden Leben gerecht zu werden.

Gutzwiller [111]) stellt nach einer Kritik an den bestehenden Kodifikationen die Frage, ob wir Heutigen die im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgerichtete Rechtsordnung bekämpfen, den imponierenden Bau seines durch Gesetzgeber, Forscher und Richter in gemeinsamer Arbeit konstruierten Systems zerschlagen wollen, und fährt dann fort, die Antwort könne nicht zweifelhaft sein. An eine Gesamtrevision des bürgerlichen Rechts sei zur Zeit noch nicht zu denken. Der Wissenschaft werde es obliegen, die Grundlagen des Gesetzes den Bedürfnissen einer innerlich umgepflügten Gesellschaft dienstbar zu machen. Die neue Richtung werde universalistisch sein.

Rumpf, dessen wirtschaftsrechtlichen Vertrauensgeschäfte und Systematisierung oben [112]) erwähnt wurden, bringt für die Gliederung der Schuldverhältnisse in ähnlicher Weise eine große Reihengliederung mit größeren Oberbegriffen als bisher in Vorschlag.

Abschließend mögen in diesem Zusammenhange die Worte Jungs gebraucht werden [113]), daß das Forterben der Modi und Formeln, in denen die soziale Erfahrung der Gattung niedergelegt sei, der Ausdruck der Stetigkeit der Kulturarbeit und der historischen Natur des Menschen sei.

---

[108]) Ziv. Rundsch., a. a. O., S. 243,
[109]) a. a. O., 361.
[110]) Festschrift Cohn, 289.
[111]) Über Gegenwart und Zukunft der Priv.-Wiss., a. a. O., S. 10 — dagegen zum Teil in der gleichen Sammlung: L. Wertheimer, Entwicklungstendenzen, S. 58.
[112]) vgl. oben S. 13.
[113]) „Positives Recht", S. 518.

Aber auch das Material sei in ewigem Flusse. Jede Zeit habe die Aufgabe, die Modi umzuformen, neue Formeln zu schaffen. Niemals werde alles Recht in abstrakten Sätzen erkannt, sondern die ursprüngliche Aufgabe der Rechtsermittlung trete aus der konkreten Verletzung in immer neuen Problemen hervor.

„Niemals wird die Vergangenheit der Gegenwart das abnehmen können."

Diese Abhandlung entstand auf Anregung von Herrn Universitätsprofessor Dr. Erich Jung in Marburg, dessen Hörer ich während meiner drei ersten Semester in Marburg war.

Lebenslauf.

Am 6. Juli 1907 wurde ich als Sohn der Eheleute Carl Gerlach in Warstein (Westfalen) geboren. Von 1913 bis 1917 besuchte ich die kath. Volksschule und bis 1922 die Rektoratsschule in Warstein, 1922/23 die Untersekunda des hum. Gymnasiums in Arnsberg. Bis Ostern 1925 war ich $^1/_2$ Jahr bei der Amtsverwaltung Warstein und $1^1/_2$ Jahr bei der Provinzialverwaltung Westfalen zur Einführung in die mittlere Bürobeamten-Laufbahn tätig. 1925/26 besuchte ich 1 Jahr die drei oberen Klassen des St.-Clemens-Hofbauer-Hilfswerks in Belecke (Westfalen) als Gastschüler und bestand am 25. März 1926 die Reifeprüfung am hum. Gymnasium in Warburg, dem ich vom Provinzialschulkollegium als Extraneer zugewiesen worden war.

Von 1926 bis 1930 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft, und zwar die ersten drei Semester in der Philippsuniversität in Marburg, die übrigen vier an der Wilhelmsuniversität in Münster. Am 5. Juni 1930 bestand ich vor der juristischen Prüfungskommission beim Oberlandesgericht in Hamm die Referendarprüfung. Am 15. Juli 1930 begann ich meine praktische Ausbildung am Amtsgericht in Warstein. Am 12. November 1930 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Josef Gerlach.